



**UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

TESINA

LA CORRUPCIÓN

**CONTROLES EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA COMO MECANISMOS DE
PREVENCIÓN Y REPRESIÓN**

RAIMUNDO NONATO CUNHA

DIRECTORA

DRA. NURIA BELLOSO MARTÍN

2012

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I – DEMOCRACIA, CIUDADANIA Y VIRTUD CÍVICA.....	5
1.1. Democracia y partidos políticos	11
1.2. Ciudadanía.....	20
1.3 Virtud Cívica	25
CAPÍTULO II – LA CORRUPCIÓN.....	27
2.1. Introducción.....	31
2.2. La Corrupción y la Naturaleza Humana.....	33
2.3. Moral, Ética y Derecho	35
2.3.1 Ética e Moral.....	35
2.3.2 Derecho y Moral	37
2.4. Corrupción y Democracia.....	42
2.5. Actores de la corrupción	45
2.6. Efectos de la corrupción.....	47
2.7. Corrupción y elecciones	50
2.8. Corrupción y división de los poderes.....	52
2.9. Corrupción y Deficiencias en la Organización Estatal.....	53
2.10. Corrupción, globalización, publicidad y prensa	55
2.11. Corrupción y Privatización	59
2.12. Corrupción y Responsabilidad del Agente Público	61
2.13. Corrupción y fraude en la Administración	62
2.14. Dosimetría de las Sanciones y Perspectivas de Efectividad	62
2.15. Corrupción e Interés Privado.....	63
2.16. Ranking de la Corrupción	64
CAPÍTULO III – ALGUNOS CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ACTUACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL	73
3.1. “Caso <i>Mensalão</i> del Partido de los Trabajadores”	71
3.2. “Caso <i>Mensalão</i> del Partido Demócrata (DEM)”	73
3.3. Jubilación del ministro del STJ y Desembargador Federal.....	74
3.4. ‘Caso Lalau’ (Brasil)	75
3.5. Los grandes casos de corrupción en España	76
CAPÍTULO IV – CONTROL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA CORRUPCIÓN	81
4 Aspectos generales de los controles administrativo y político	81
4.1. Introducción.....	81
4.2. El Control en el plano internacional	84
4.3. Concepto y Alcance del Control de la Administración Pública.....	87
4.4. Objetivos del Control	87
4.5. Naturaleza jurídica y clasificación.....	88
A. Control Administrativo	89

A.1. Medios de control o instrumentos jurídicos.....	89
A.2. Otros instrumentos legales	90
A.3. Recurso administrativo	90
B. Control por el Poder Legislativo	91
B.1. Control Político	91
B.1.1. Comisiones Parlamentarias de Investigación –CPI-	92
B.1.2. Delitos de Responsabilidad	95
B.1.3. Suspensión o destitución (<i>impeachment</i>) del Jefe del Poder Ejecutivo y otras autoridades.....	98
B. 2. Control Financiero.....	100
B. 3. Control interno.....	101
B. 4. Control Externo	101
B. 5. Tribunal de Cuentas	102
C. Control por el Poder Judicial	105
C.1. Actos bajo control judicial especial	107
C.1.1. Actos Discrecionales, Políticas Públicas y Control Judicial	109
C.1.2. Control de Constitucionalidad de las leyes	113
C.1.3. Control de Constitucionalidad en España y en Brasil	115
C.2. Instrumentos judiciales de control de la Administración Pública	121
C.3. Mandato de Seguridad	122
C.4. Acción Popular.....	123
C.5. Habeas Corpus.....	123
C.6. Habeas Data	123
C.7. Mandato de interdicción	124
C.8. Acción Civil Pública.....	124
C.9. Acción Civil Pública por Actos de Improbidad Administrativa	124
D. Control realizado por el Ministerio Público.....	129
D.1. Términos de Ajuste de Conducta –TAC-.....	130
D.2. Recomendaciones.....	131
D.3. Audiencias Públicas	133
D.4. Poder Investigador del Ministerio Público en el área Penal	134
D.5. Poder Investigador del Ministerio Público en el área civil.....	139
E. Ouvidorias	141
F. Controles sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público.....	143
G. Control Social	150
G.1. Factores que Desaniman el Control Social	151
CONCLUSIONES – PROPUESTAS PARA POTENCIAR EL CONTROL Y DISMINUIR LA CORRUPCIÓN	135
1. Acerca de la Democracia, Partidos Políticos, Ciudadanía y Virtudes Cívicas	155
2. Acerca de la Corrupción.....	157
3. Acerca de los Controles en la administración pública como mecanismos de prevención y represión	160
4. Propuestas objetivas para potenciar el control y disminuir la corrupción ...	163
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	169
PÁGINAS ELETRÔNICAS CONSULTADAS	173

INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo es el resultado de la conjunción de dos formaciones y experiencias surgidas, por un lado, a partir de los estudios teóricos realizados en el Programa de Doctorado “Sociedad plural y nuevos retos del Derecho”, en la Universidad de Burgos –España- y, por otro, de la vertiente práctica institucional que nos caracteriza como miembro del Ministerio Público en Brasil, en la área extrapenal de la tutela colectiva. En relación a esta segunda vertiente, nos llamó poderosamente la atención las cuestiones relativas a los modelos de fiscalización y control hoy disponibles, en toda la estructura del Estado. Conviene que subrayemos que el Ministerio Público brasileño, a partir de la Constitución de 1988, como parte activa del sistema de control, dejó de ser aquel instituto que iba siempre a remolque del delito y empezó a desempeñar un papel de prevención, protagonista de posiciones proactivas, es decir, capaz de prevenir, en lugar de remediar, de colaborar en la concreción de los derechos de ciudadanía. Por ello, dejó de ser el mero perseguidor penal y fiscal de la ley ante el Poder Judicial para transformarse en un aliado de la sociedad también ante el Poder legislativo y el Poder Ejecutivo.

Nuestro trabajo de investigación, como indica el título, parte del fenómeno de la corrupción y analiza las diversas formas, mecanismos e instituciones de prevención y control que puedan diseñarse en aras de planificar instrumentos de contención de una de las lacras más frecuentes de las democracias actuales y que se erigen en uno de los mayores obstáculos para el desarrollo de cualquier Estado democrático de Derecho. Ya anticipamos que no era posible

trazar un estudio del fraude y de la corrupción en sentido amplio, porque excedería los límites propuestos para la presente investigación. Tampoco pretendemos realizar un estudio de Derecho comparado de los mecanismos de prevención y control de la corrupción en el ordenamiento jurídico español y en el brasileño. Nuestro objetivo es más limitado, por tratarse de un inicio a la investigación.

Hemos dividido nuestro estudio en cuatro capítulos. En el primer capítulo, nos ocuparemos de algunas de las bases de la democracia, como son la ciudadanía y la virtud cívica, materias importantes para la comprensión de los temas abordados seguidamente.

En el segundo capítulo trataremos de la corrupción, punto de partida de este estudio, presentando su naturaleza, sus causas y las correlaciones con la política. La analizaremos en el contexto de un Estado democrático de Derecho, con elecciones, financiación pública y privada de campañas, en el marco de obligado respeto a los derechos fundamentales, con la participación popular, transparencia y libertad de prensa, sin olvidar las propias deficiencias inherentes a la organización estatal. Veremos también el concepto de falta administrativa, que abarca la corrupción, y las correspondientes sanciones y perspectivas de efectividad.

En el tercer capítulo, ilustraremos la parte teórica de la investigación con una perspectiva empírica, en la medida en que citaremos, a título de ejemplo, algunos casos de corrupción acontecidos en Brasil y en España. Analizaremos qué instituciones de control actuaron y cuál fue el resultado (algún tipo de castigo o sanción o bien la recuperación de activos).

En el cuarto capítulo examinaremos los mecanismos de control, revisando los del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Prestaremos especial atención al Ministerio Público como institución fiscal ante todos los otros poderes, bien sea en su utilización de las tradicionales acciones penales y civiles ante el Poder Judicial, bien sea recurriendo a los instrumentos de control extrajudicial

como términos de ajustamiento de conducta, recomendaciones y audiencias públicas. Analizamos el papel de las *ouvidorias*¹ y el control social.

Profundizaremos en el papel de control que desempeñan las *ouvidorias*, las *corregedorias*², los Consejos Nacionales del Poder Judicial y la Fiscalía, así como los modos de exoneración de los servidores corruptos.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo, por tanto, estudiar el fenómeno de la corrupción en sus diferentes aspectos, intentando comprender su naturaleza y extensión, así como investigar y analizar las estructuras y formas de control practicadas en la Administración Pública, en el ámbito de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Se prestará especial atención a la forma en que el control puede ser una importante herramienta no solamente en el sentido de prevenir y reprimir la corrupción, sino también de recuperar activos.

El tema en cuestión no podría dejar de ser más oportuno. La función de control tiene una intrínseca relación con la lucha contra la corrupción, con los derechos fundamentales y con la garantía jurídica de una administración pública que vela por el bien público. Aunque corresponda a la Administración Pública la tarea de administrar el interés colectivo, el administrador no tiene total libertad para hacerlo. Debe actuar siempre en conformidad con los patrones fijados en la ley y buscar el interés de la colectividad, sometándose a principios constitucionales como legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

Terminaremos nuestra investigación ofreciendo algunas conclusiones con respecto a cómo potenciar los mecanismos de control de la corrupción, la gran

¹ La *ouvidoria* brasileña corresponde a nuestra institución española del Defensor del Pueblo.

² La *Corregedoria* es un órgano de control interno de las instituciones públicas a quien compete llevar a cabo las inspecciones administrativas, realizar las correcciones programadas y las extraordinarias, verificando la correcta prestación por parte de los gestores del ordenamiento jurídico nacional y de las normas internas de las instituciones, orientando y asesorando, cuando fuera necesario, así como promoviendo la investigación formal de posibles irregularidades y transgresiones cometidos por los servidores, aplicando las sanciones.

lacra de las Administraciones públicas en el siglo XXI, y que se está convirtiendo, frente a la ciudadanía, en un elemento deslegitimador y perverso de la democracia.

CAPÍTULO I

DEMOCRACIA, CIUDADANIA Y VIRTUD CÍVICA

1.1. Democracia y partidos políticos

La democracia (gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo), recogiendo la expresión de Churchill, es la peor de todas las formas imaginables de gobierno, dejando a un lado todas las demás que ya se experimentaron.³

La versión idealizada de la democracia ateniense correspondía a una democracia deliberativa y participativa de la mayoría. Todos los ciudadanos, reunidos en el Ágora, podrían hacer recomendaciones sobre lo que entendían más adecuado, discutiendo, corrigiendo sus juicios y tomando decisiones. En contrapartida, las democracias contemporáneas reposan en el otro extremo: las decisiones son tomadas por representantes, en que predominan procesos de negociación y existen amplios ámbitos de decisión que dejan al margen los intereses y las necesidades de las mayorías y minorías, protegidas por los derechos y las instituciones contramayoritarias⁴.

La democracia puede ser ejercida de forma directa, teóricamente, de forma indirecta o representativa y de forma mixta⁵. En la actualidad, en la mayoría de los países, predomina la forma representativa, ejercida a través de representantes de la nación elegidos por sufragio, personas que, por ficción jurídica, tienen la misma voluntad popular de quien les otorgó la procuración que,

³ BONAVIDES, P., *Ciência Política*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1978, p.320.

⁴ BELLOSO MARTÍN, N., “Repensando la democracia en la perspectiva de las teorías deliberativas: En busca de unos ciudadanos deliberantes”, en *El retorno a la sociedad civil: democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*. (Coordinadores: N. Belloso Martín y A. de Julios Campuzano). Madrid, Dykinson-IISJ, 2011, pp. 207-237.

⁵Vid. WENCES SIMON, Mª I., “Republicanismo cívico y sociedad civil”, en *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías*. Edic. de J.Mª Sauca y MªI. Vences. Madrid: Trotta, 2007.

no siempre coincide con la realidad.

Como subraya Belloso Martín⁶, la democracia como modernamente la concebimos, se asienta en las teorías del contractualismo clásico, a partir de los jusfilósofos Hobbes, Locke y Rousseau, estando el acuerdo fundamental entre las varias fuerzas coetáneas compilado en un documento llamado Constitución.

El régimen democrático, como establece la doctrina, con todos sus defectos, resulta de la imposibilidad de encontrar otro que le supere. El mayor desafío de los Estados democráticos, sin embargo, es avanzar en la concreción de los llamados derechos fundamentales, que pasa esencialmente por el proceso de expansión de las libertades, no las de inspiración burguesa, sino las conformes a la visión de A. Sen⁷, para quien el desarrollo es visto como un proceso de remoción de carencias de libertades y expansión de los varios tipos de libertades concretas, promoviendo el ciudadano de mero destinatario de servicios públicos para agente que puede efectivamente moldear su propio destino.

En este contexto, compete al Estado concretar, tanto las políticas sociales básicas, en las áreas de educación, salud, vivienda, saneamiento básico y otros, como mantener un ambiente propicio a la libertad de expresión y participación política en las cuestiones importantes de la nación, con el fin de favorecer el desarrollo de las potencialidades del hombre.

Según destaca Sen⁸, pobreza extrema y hambre no van de la mano con

⁶ BELLOSO MARTÍN, N., “Ciudadanía, democracia, Constitución y Educación: no basta la afición, se necesita virtud”. En M^a.Susana Bonetto compiladora. *En torno a la democracia. Perspectivas situadas Norte-Sur*. Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba y Grupo Editor, 2009, pp. 71-96 (ISBN: 978-987-1432-27-1). “El primero, Hobbes, se propone justificar, principalmente, la dominación política, que plantea como única garantía de paz y estabilidad. Su pacto social es de unión civil y de dominación política mediante la coercibilidad del soberano. No era este el planteamiento de Locke, quien apelando al derecho natural para marcar unos mínimos de los que partir –derechos naturales ya en propio estado de naturaleza- se propone justificar la necesidad de limitar y controlar el poder político. Por su parte, Rousseau se basa en un acuerdo consensuado –el contrato social- que permita conservar la igualdad y la libertad característica del estado de naturaleza, para construir una sociedad civil de hombres libres e iguales.

⁷ SEN, A., *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 1999..

⁸ “Realmente, ningún hambre colectiva significativa jamás golpeó un país democrático, por más pobre que fuese. Esto porque las hambrunas colectivas son extremadamente fáciles de evitar si el Gobierno intenta evitarlas, y un gobierno en una democracia multipartidista, con elecciones y

la democracia, y no se ha registrado históricamente que el hambre colectiva significativa haya alcanzado un país democrático, donde predomina la libertad política y los derechos cívicos.

Belloso Martín⁹ destaca, asimismo, que el Estado post-moderno tiene que dar una respuesta a las necesidades de los entonces súbditos y ahora ciudadanos, debiendo promover e incentivar su capacitación para asumir un papel activo en la vida y en los destinos del país.

De hecho, en el Estado absoluto, se le prohibía al súbdito cualquier forma de participación en la gestión pública. Es más, en virtud de la aceptación del derecho divino de los reyes, no se establecía ningún límite al gobernante “ungido”, que promulgaba y revocaba las leyes de acuerdo con sus intereses y conveniencias particulares.

Con la evolución del Estado absoluto hacia un Estado liberal, y después hacia un Estado social, la puerta de entrada de los individuos que dirigen los destinos de las naciones democráticas han sido, casi siempre, grandes estructuras organizacionales llamadas partidos políticos, a las cuales se afilian. En algunos casos, sin embargo, si la ley lo permite, puede producirse la viabilidad de candidaturas autónomas, casi siempre avaladas por asociaciones de empresarios, sindicatos u otras organizaciones sociales. Sin embargo, conforme destaca Auri Cunha¹⁰, es a través del partido político como, desde la Revolución Francesa, este

libertad para los medios de comunicación tiene fuertes incentivos políticos para empeñarse en la prevención de estas catástrofes.” (*Ibidem*, p.69).

⁹ “El republicanismo moderado presenta también la novedad de preocuparse por la educación del ciudadano en las virtudes públicas, que le capacitan para la asunción de su papel activo en la vida democrática” (BELLOSO MARTÍN, N., “Ciudadanía, democracia, Constitución y Educación, cit., *Ibidem*).

¹⁰ AURI CUNHA, J., *Iniciação à Investigação Filosófica: Um Convite ao Filosofar*, Campinas, Alínea, 2009, p.295.

“Por supuesto que este no es lo único camino, ni necesariamente el mejor de ellos, de la transformación política de la sociedad y del Estado. Pero es el camino que, desde la Revolución francesa, ha sido consagrado como poseedor de una cierta garantía de eficacia. Junto a las tribus urbanas, los partidos políticos pueden ser vistos como tribus de ciudadanos, de origen urbana o rural, bastando que sean individuos capaces de soñar con un modelo de sociedad que sientan poseedores de derechos políticos para influir en la realización de este modelo, y que reconozcan dotados la suficiente fuerza para implementarlos en el mundo real. Y en el mundo moderno, el ejercicio de la libertad política ha sido la labor de asociación de esfuerzos individuales en movimientos o movilizaciones colectivas. Porque el hecho histórico inevitable es que vivimos en

modelo consagró como poseedor de cierta garantía de eficacia para la efectivación de la democracia.

La cuestión central, por tanto, es que los partidos se convirtieron en fuerza conductiva y responsable de la supervivencia de la democracia y, paradójicamente, como vemos en nuestros días, la clase política es denostada por la ciudadanía, dado el descrédito que ha alcanzado buena parte de sus integrantes. Unos pocos que detentan puestos de mando se sirven de la sigla del partido para el logro de intereses inconfesables y perpetuación en el poder, sacando provecho de las arcas públicas.

Actualmente, debido a la extrema competencia, de noticias técnicas de *marketing* político, de imágenes y programas de gobierno, al uso de tecnologías de comunicación a través de redes sociales¹¹, los costes implicados en las campañas son altos y los intereses de quienes les financian no siempre comulgan con los intereses colectivos. Todo ello acaba desembocando en uno de los factores que alimentan el problema de la corrupción, con todas sus consecuencias perniciosas para las estructuras de la sociedad.

En efecto, con la corrupción partidaria, el pueblo políticamente organizado sale bastante debilitado y las instituciones estatales cada vez más desacreditadas.

Una medida mitigadora de estas nocivas influencias podría ser el recurso a los institutos pregonados por la llamada democracia semidirecta, donde, además de las atribuciones de los representantes elegidos, se encuentran presentes

una sociedad de masa, donde la identidad individual se realiza mediante el recurso de *slogans*, lemas o modelos colectivos.”

¹¹Vid. CASTELLS, M., *Comunicación y poder*. Madrid, Alianza editorial, 3ª reimp., 2011. No podemos extendernos en el estudio de la ciberciudadanía, temática que abriría un interesante campo para facilitar el control de la Administración pública por parte de los ciudadanos. Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Nuevas tecnologías: proyecciones sociales, iusfilosóficas y políticas”, en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías*. Libro conmemorativo del XXº Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, A. Murillo Villar y S. Bello Paredes coords., 2005, pp.151-172; no podemos dejar de citar al especialista por excelencia en esta temática, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@..com?* Barcelona, Gedisa, 2004; también, del mismo autor, “Internet y Derechos humanos”, en PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006, espec. pp.87-128.

mecanismos de actuación directa de los ciudadanos en lo que se refiere a la producción parlamentaria, enumerados por la doctrina publicista como referéndum, plebiscito, iniciativa popular, derecho de revocación y veto. La democracia deliberativa se presenta, hoy en día, como una opción utópica¹².

El tema de la representatividad en el proceso democrático, dada la imposibilidad o, quizás, la dificultad de la adopción de la democracia directa, solamente posible en teoría, debido al progreso tecnológico de las comunicaciones, suscita una cuestión subyacente, cual sea la necesidad de un código ético para la clase política, al modo de los códigos éticos y deontológicos que son comunes para otros colectivos tales como médicos, abogados, periodistas, etc.

A este respecto apunta Rubio Carracedo¹³, “resulta llamativo que la clase política sea de las pocas que carece de un código ético para políticos demócratas”.

¹²*Vid.* BELLOSO MARTÍN, N., “Repensando la democracia en la perspectiva de las teorías deliberativas: En busca de unos ciudadanos deliberantes”, cit., p.220 ss.

¹³ “Como subraya Rubio Carracedo, resulta llamativo que la clase política sea de las pocas que carece de un código ético para políticos demócratas. El resto de las demás profesiones (periodistas, médicos, abogados, mediadores y demás) disponen de ese Código. Sin embargo, la clase política, conocida tristemente en muchas ocasiones por casos de corrupción, ni se lo ha planteado. ¿Es que no lo necesitan? La realidad nos dice lo contrario: concejales, alcaldes, parlamentarios, directores generales y tantos otros, se ven a veces envueltos en negocios turbios o, en el denominado “tráfico de influencias”–hacen uso indebido de la información de la que disponen, por razones de su cargo precisamente-. Negocios inmobiliarios golosos, recalificaciones de terrenos, colocaciones de “hermanísimos y cuñadísimos”, y tantas otras operaciones, muchas veces sospechosas, que acaban provocando un escepticismo de los ciudadanos con respecto a la clase política: “¿y son estos los que deben de velar por el bien común, por nuestros intereses? Lo que quieren es llenarse los bolsillos cuanto antes, con el dinero de nuestros impuestos y además, “otros vendrán que bueno me harán”. Es el “todo vale” para triunfar. Y recordando la frase de Montesquieu “quien tiene poder tiende a abusar de él”, consideran “tontos” a quienes actúan con un mínimo de ética. Cada uno, según su grado de poder y de influencia, actúa corruptamente. Se puede empezar con buenas intenciones pero después, se crea una especie de coraza contra “la conciencia ética” porque “al fin y al cabo, todos lo hacen y, por tanto, no puede ser tan malo” y se revisten de impunidad. Tampoco el pueblo, los ciudadanos, están libres de culpa. El demos no está debidamente preparado, se dejan convencer por el líder carismático, por aquel a quien los medios de comunicación apoyan que, a base de insistir machaconamente (periódicos, televisión radio, internet), nos acaban convenciendo.

En España se han puesto de moda los vídeos de los candidatos a las elecciones políticas. Se destacan fórmulas, frases, todo correcto hasta ahí. El problema radica cuando es un partido el que hace un vídeo criticando, caricaturizando a su ponente o a los votantes del partido opositor. Es la utilización de los medios en beneficio de intereses políticos.” (BELLOSO MARTÍN, N., “Repensando la democracia en la perspectiva de las teorías deliberativas: En busca de unos ciudadanos deliberantes”, cit., p. 224 ss.).

El rasgo característico del parlamentario, para el pleno ejercicio del *munus* político-representativo, es la libertad de opinión, palabra y voto. Lo que no se admite es la corrupción y el abuso del poder.

En algunos países como Brasil, sin embargo, las propias casas legislativas tienen comisiones internas de ética que valoran el llamado decoro parlamentario, a pesar de que raramente se apliquen sanciones a los miembros, que pueden ser desde la censura hasta la pérdida del mandato, siendo necesario subrayar que, en general, las decisiones tienen un elevado grado de corporativismo y matiz político, y los ceses de mandato se han producido sólo cuando la presión de la prensa es ineluctable y la permanencia del político corrupto amenaza con provocar un gran clamor social.

Ahí reside un grave problema, aunque sea postulado que todo Estado democrático de Derecho se apoya en los principios de valor de la legalidad e igualdad, es decir, en el imperio de las leyes y no en el de los hombres que transitoriamente están en el poder. Sin embargo la clase política se reviste de conceptos como prerrogativas parlamentarias, *rectius privilegios*, y de que ciertos asuntos son *interna corporis*, *rectius* inmunes al control del Poder Judicial, para situar los intereses particulares sobre los intereses comunes, con manifiesta destrucción de la virtud cívica.

Por eso, para el perfeccionamiento de la democracia, es fundamental la participación activa de la sociedad, en la que el Estado tiene el papel de fomentar el debate y escuchar efectivamente a la población en la formulación de las políticas públicas. De ahí que la apatía por parte de los ciudadanos, la falta de cooperación voluntaria en las discusiones y debates, la ausencia de crítica a través de los medios de comunicación y la falta de implicación del pueblo en general en los asuntos comunes y la cobardía de las instituciones y procesos – constitución, leyes, partidos políticos, elecciones, legislaturas-, son factores que debilitan la democracia.

N. Bellosó Martín¹⁴ nos recuerda que la democracia constitucional constituye una superación de la perspectiva liberal de democracia. Lo que no consideramos acertado es sustentar que esta sustitución constituya una simple superación doctrinal de modelos teóricos. Hay que considerar que otra serie de motivos contribuyeron a la consolidación de la democracia constitucional como una forma de poner freno a las vicisitudes del modelo de democracia mayoritario puro (liberal). Ello puede obedecer a una pérdida de confianza en la democracia como capaz de revelar una “voluntad general” y en la presunción de infalibilidad de la ley, considerados ambos aspectos como máximas del Estado liberal. Poco quedaba del concepto de democracia y de ley formulado por Rousseau. No se trata de que la ley y la decisión de la mayoría no sean importantes vehículos de toma de decisiones políticas actualmente. Sin embargo, parece claro que no gozan de gran prestigio y de que tampoco ostentan todas las virtudes que les había atribuido el Estado legislativo. Por el contrario –y baste pensar en el tema de la representación- cada vez más se pone de manifiesto una pérdida de racionalidad y la participación de intereses que no son precisamente los propios del interés general, algo que el constitucionalismo va a combatir. Tal vez por eso, a veces se le acusa de antidemocrático.

En este proceso de desmitificación de la democracia, reviste gran importancia la corriente realista, la actual denuncia el carácter elitista que caracteriza las relaciones democráticas actuales, las cuales, durante largo tiempo, se han valido de la “presunción de virtud” de la democracia y de la ley para con ello legitimar la tutela de intereses meramente privados a través del Estado.

Ya Gaetano Mosca denunciaba que las mayorías se comportan siempre de forma pasiva, por lo que el gobierno siempre es ejercido por las minorías organizadas. En esa lógica, surge una interesante inversión de la teoría de la representación, que de cierta forma ilustra el escenario actual de gran parte de las relaciones electorales: no es el pueblo el que elige a su representante, sino

¹⁴ BELLOSO MARTÍN, N., “Ciudadanía, democracia, Constitución y Educación: no basta la afición, se necesita virtud”, cit.

que es el representante el que se hace elegir por el pueblo¹⁵. En esta misma línea, Joseph Schumpeter también trata de la desmitificación de la práctica democrática sustentando que las masas tienen la necesidad de elegir una elite que decida en su lugar¹⁶.

Las posiciones de ambos autores, siempre a partir de una perspectiva realista, enfatizan la concentración de la representación en el mandato de los representantes, el cual puede ser no renovado, pero no es revocable. Los llamados “representantes” del pueblo, bajo esta perspectiva, son, en verdad, una elite constituida por el voto y que tiene competencia para tomar decisiones políticas, sean estas de interés general, de la mayoría, o de quien quiera que sea (incluso privados o corporativos). Con esta lógica, acaban por explicar algo que es evidente: que la decisión política no siempre sigue la vía del interés general que caracteriza la antigua concepción de la “voluntad general”, sino que muchas veces consiste en el acuerdo político entre los agentes con competencia para decidir y que son influenciados por minorías organizadas, intereses corporativos o privados que ejercen su poder de presión sobre esa elite. Esta perspectiva, al final, destaca que en la democracia se debe cuidar no sólo la capacidad de elección de los representantes por los representados, sino, principalmente, del ejercicio del “poder de decidir” que poseen estos representantes.

La teoría elitista pone el centro de atención en la noción de “competencia” frente a la noción de “representación”, lo que permite la desmitificación de que los representantes manifiestan necesariamente la voluntad de sus representados. Si tomamos en consideración la cantidad y complejidad de los asuntos que actualmente se ven sometidos a discusión, se puede verificar que en los sistemas políticos los representantes están fuertemente condicionados por partidos políticos, lo que determinará que la posición del representante coincida generalmente con la posición de partido –como ya hemos advertido en páginas anteriores-. En los sistemas en los que la fidelidad al partido no es obligatoria, esta

¹⁵ MOSCA, G., *Teoria dei governi e governo parlamentare*. Roma, Laterza, 1996, p.476 (ed. Original 1896).

¹⁶ SCHUMPETER, J.A., *Capitalismo, socialismo, democracia*. Milano, Etas, 1977, p.257.

sigue la mera opinión o compromiso del representante. En ambos casos, el juego político no tiene como principal objetivo la búsqueda del interés público.

La aceptación de los representantes elegidos conforme a la teoría elitista, es decir, con autoridades aptas para tomar decisiones políticas que alcanzaran tal grado a través de la investidura por el voto, constituye un fuerte argumento legitimador del poder de los jueces en los sistemas que adoptan un control difuso de constitucionalidad, por cuanto equilibra en cierta forma las posiciones con respecto al modelo de organización constitucional. Si reconocemos que el parlamentario no representa necesariamente los intereses de sus representados, y que sin embargo sus decisiones deben ser respetadas en la medida en que es una autoridad legítimamente investida en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente determinadas, lo mismo se puede decir del juez que ejerce el control de los actos legislativos. Ambas son autoridades dotadas de competencia pero que representan una diferencia con respecto a la forma de investidura.

No podemos extendernos más pero hay que subrayar que la concepción elitista de representación no es el único factor que contribuye a la desmitificación de la “presunción de virtud de la decisión democrática mayoritaria”. A estas se suman otros muchos factores tales como la complejidad técnica característica del estado social que reduce el ámbito de disposición del legislador, la internacionalización de la regulación jurídica, y otros. En definitiva, factores todos ellos que contribuyen a desmitificar también la relación entre decisión democrática y soberanía popular, lo que N. Bobbio ha denominado “promesas no cumplidas de la democracia”¹⁷.

¹⁷ Como subraya Bobbio: “(...) l’illusorietà della sovranità popolare e il potere delle élite; la limitata estensione del principio democratico che non si é affermato né nell’amministrazione pubblica, né nel sistema delle grandi imprese; il crescente divario tra l’incompetenza del cittadino e l’esigenza di soluzione tecniche accessibili solo agli specialisti; l’assenza di controllo sul ‘potere invisibile’ che si esprime nella possibilità per i governanti di disporre di strumenti tecnici per la conoscenza capillare di tutto quel che fanno i cittadini; la mancata educazione all’esercizio di una cittadinanza attiva e, al contrario, la diffusione del conformismo di massa e dell’apatia politica” (BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1984).

La democracia en el Estado constitucional no deja de ser definida por un proceso de decisión por mayoría. La mayoría continúa siendo la característica fundamental de la decisión democrática. Lo que podrá variar son las competencias destinadas a tal proceso de decisión y los límites impuestos por una Constitución que establece las propias reglas del juego democrático.

1.2. Ciudadanía

Ciudadanía es un término que puede asumir diferentes sentidos. Para comprender el concepto, se impone imaginar al individuo dentro del Estado y, por tanto, como ciudadano, es decir, titular de derechos reconocidos por el Estado (así como también de deberes).¹⁸

Como el Estado es dinámico, la condición de ciudadanía está también en constante movimiento, en un proceso dialéctico, de autoconstrucción, al compás de las ideologías políticas y sociales que la historia va registrando, en diferentes momentos y lugares, estableciendo derechos reivindicados y conquistados por los ciudadanos y afirmando también deberes de los mismos ante la sociedad.

La perspectiva a la que vamos a prestar atención aquí es más la de los derechos que la de los deberes.

Como acertadamente exponen Belloso Martín y Gorzevski¹⁹, para Pérez-Luño la llave histórica y sistemática para una definición explicativa de la ciudadanía está en la *Enciclopedia*, editada en Francia, en el siglo XVIII (1751 – 1772), por Denis Diderot y Jean Le Rond d’Alambert. Efectivamente, la

¹⁸Vid. BELLOSO MARTÍN, N., *Os novos desafios da cidadania*. Coleção Direito e Sociedade Contemporânea. Trad. al português de C. Gorzevski. Servicio de Publicaciones de la Universidade de Santa Cruz do Sul –EDUNISC– (Brasil), 2005; vid. también, BELLOSO MARTÍN, N., y GORZECVSKI, C., *A necessária revisão do conceito de cidadania: Movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. EDUNISC, 2011. Acceso en: [HTTP://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html](http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html).

¹⁹ BELLOSO MARTÍN, N., y GORZECVSKI, C., *A necessária revisão do conceito de cidadania*, cit., p. 20 ss.

Encyclopédie, o dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers representó una ayuda inestimable del iluminismo y sirvió de estímulo decisivo para la formación del Estado Liberal de Derecho. Esa gran obra, que comprende 28 volúmenes, 71.818 artículos y 2.885 ilustraciones, recibió la contribución de las más notables figuras del iluminismo francés. Pensadores de todo orden, artistas, técnicos de los más diversos, políticos, filósofos como Voltaire, Rousseau, Holbach, Montesquieu y otros, liderados por Diderot y D'Alembert, se esforzaron para agrupar en una iniciativa editorial y en lenguaje accesible todo lo que la civilización había producido en términos de conocimiento y cultura hasta aquel momento. En ella, *citoyen* (ciudadano) es definido como: “*C’est celui Jue est membre d’une société libre de plusieurs familles, Jue partage les droits*”.²⁰

Partiendo de esta definición así como de las que se refieren el *vassal* (súbdito), A.E. Pérez-Luño presenta los tres grandes principios de la idea de ciudadanía postulada por la *Encyclopédie* como texto paradigmático de la modernidad iluminista:

- 1) Ciudadanía es condición de la persona que vive en una sociedad libre. En las comunidades políticas donde impera el arbitrio o la tiranía no existen ciudadanos. Para que tal condición se implemente, es preciso un orden político democrático que permita el ejercicio de las libertades;
- 2) La ciudadanía es una condición voluntaria, no puede ser impuesta a ninguna persona. La calidad de ciudadano se fundamenta en el pacto social; un acuerdo libre de personas para integrarse y participar en un determinado modelo de organización política. Por eso la *Encyclopédie* postula en la existencia de un derecho natural la inmigración, porque no se puede obligar a nadie a ser ciudadano de un Estado por la fuerza. Toda persona tiene derecho a cambiar de ciudadanía: renunciar a la que posee y

²⁰ Quien es miembro de una sociedad libre, compuesto por muchas familias y que comparte los derechos.

adquirir otra, que vaya más de acuerdo con sus convicciones y preferencias políticas. De ahí que existan dos modelos de ciudadanía: la originaria, que surge con el nacimiento y la adquirida, que procede de las manifestaciones expresas de voluntad;

- 3) La ciudadanía se desdobra en un conjunto de derechos y deberes de las personas que pertenecen a un determinado Estado.²¹

Conviene que recordemos la contribución de Kant en relación con este tema. Encarnando la razón iluminista, afirma expresamente que “La situación de los ciudadanos, considerada como situación puramente jurídica, se basa en los siguientes principios: (1) La libertad de cada miembro de la sociedad como hombre; (2) La igualdad frente a cualquiera otro como súbdito; y, (3) La independencia de cada miembro de la comunidad como ciudadano”. Estos principios, afirma, no son leyes dadas por un Estado instaurado, sino leyes que por sí solas, hacen posible la constitución del Estado, según los principios de la pura razón, que emanan del derecho externo del hombre.²²

A partir de los textos de la Enciclopedia y de las tesis kantianas, Pérez-Luño expresa su definición: “Ciudadanía, consistirá en un vínculo de pertenencia a un Estado de derecho por parte de quienes son sus nacionales, situación que se desglosa en un conjunto de derechos y deberes; ciudadano será la persona física titular de esta situación jurídica.”²³

Es evidente que la ciudadanía o la pertenencia a una comunidad es un proceso histórico y están en constante evolución. Por lo tanto, al definir la

²¹Observa Pérez-Luño que, según consta expresamente en la Enciclopedia no todas las personas son ciudadanos, ya que las mujeres, los niños, los criados, no tienen esa condición; participar en la ciudadanía a través de los vínculos que unen a quienes tengan esta condición. (PÉREZ-LUÑO, A. E., “La ciudadanía en las sociedades multiculturales”. En DE JULIOS CAMPUZANO, A., *Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización*. Madrid, Dykinson. 2007. p. 264-265).

²²KANT, I., “En torno al tópico”. En *Teoría y praxis*. Madrid, Tecnos. 1985. p. 15. Citado también por CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial. 2009. p. 54; vid. también, PÉREZ-LUÑO, A. E., “La ciudadanía en las sociedades multiculturales”, e DE JULIOS CAMPUZANO, A., *Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización*, cit., p. 265.

²³DE JULIOS CAMPUZANO, A., *Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización*, cit., p. 266.

cualidad de ciudadano, conviene tomar en consideración el contexto social al que nos estamos refiriendo, dado que la ciudadanía reviste características propias en función del tiempo, del lugar y de las condiciones sociales.

La ciudadanía en la cultura occidental, principalmente a partir de la Revolución Francesa de 1789, viene convirtiéndose, poco a poco, en progresivos y decantados estadios, generaciones o dimensiones de derechos, insertados en los textos constitucionales. Después de los derechos civiles, de carácter individualista, en el siglo XVIII, se desarrollaron en el siglo XIX los derechos políticos y, posteriormente, los derechos sociales, de carácter cultural y económico, así como el derecho a la democracia, derecho a la información y derecho al pluralismo.

Los derechos civiles son los derechos naturales, inalienables y sagrados, derechos considerados también como imprescriptibles, tales como la libertad (en sentido abstracto), la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Estos derechos tienen como titular el individuo y son oponibles al Estado.

La *ciudadanía liberal*, que de ahí surge, tiene como rasgo característico la primacía de la libertad y la autonomía, concebidas en el culto del hombre irreal, abstracto y aislado, independiente de la voluntad de los demás, sin relaciones con éstos, a excepción de aquellas que le interese contraer²⁴.

Los derechos políticos principales son los derechos de elegir y ser elegido y el acceso a los cargos públicos, exento de privilegios.

La *ciudadanía republicana* que de deriva de este contexto se desarrolla en el marco de la primacía de la participación activa del individuo en los asuntos públicos. En este modelo, conviene subrayar, que no se excluye la iniciativa individual, excepto si resulta incompatible con el interés común y con el interés público. “El ciudadano republicano es alguien que participa activamente en

²⁴ “Ciudadanía liberal: da primacía a la libertad, a la autonomía”. “Parte de una noción abstracta e irreal del individuo”. Pone el acento en el individualismo, en los derechos individuales y en el mercado como mecanismo regulador y redistribuidor de recursos”. (BELLOSO MARTÍN, N., y GORZECVSKI, C., *A necessária revisão do conceito de cidadania*, cit.)

la configuración y en la dirección futura de la sociedad, a través del debate y de la elaboración de decisiones públicas (Atenas del siglo IV, Florencia del siglo XV, el Contrato Social de Rousseau).”²⁵

En las modernas democracias, los ciudadanos tienen la libertad de participar en la política, pero tienen también el derecho de colocar sus compromisos privados, familiares o sociales, por encima de su implicación política. Y ahí reside, desde luego, un conflicto que, dependiendo del grado de ciudadanía de la sociedad, es otro factor que nutre la corrupción.

Los derechos sociales son los derechos de la colectividad y coinciden con el cambio del Estado liberal para el Estado social, eminentemente intervencionista. Fundamenta sus bases en la cuestión de la igualdad concreta, en la reducción de las desigualdades substanciales o eliminación de las barreras, a través del reconocimiento (y de la promoción) de derechos la salud, vivienda, educación, trabajo, alimentación etc.

De ahí deriva la *ciudadanía comunitarista* que invita al ciudadano a retirarse de aquella situación aislada e individualista e ir hacia una posición realista e insertado en el contexto social, compartiendo cultura, valores, virtudes e identidades²⁶.

Los derechos relacionados con el pluralismo, a su vez, corresponden a las llamadas ciudadanías diferenciadas, multiculturales, postnacionales, cosmopolitas y a la ciudadanía transnacional y transcultural. Son nuevas modalidades de ciudadanía que toman en especial consideración las minorías étnicas y culturales, grupos desfavorecidos, inmigrantes etc., como destaca A. Sen²⁷:

²⁵ BELLOSO MARTIN, N., *Ibidem*.

²⁶ “La ciudadanía comunitarista: da primacía a la comunidad, al individuo inserto en un grupo. “Parte de una “invención mística de la tribu”. El ciudadano no puede ser entendido al margen de las vinculaciones sociales que le constituyen como sujeto. Son esos valores morales, culturales o religiosos los que deben determinar las políticas públicas y el entramado normativo de esas sociedades.” (BELLOSO MARTÍN, N., y GORZECVSKI, C., *A necessária revisão do conceito de cidadania*, cit.)

²⁷ SEN, A., *A ideia de Justiça*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, p.386.

El reconocimiento de que la democracia tiene que preocuparse por la regla de la mayoría y por los derechos de las minorías no es una idea nueva [...]. Una comprensión más amplia de la democracia como argumentación racional pública [...] que incluye el uso de votaciones, pero va más allá, puede acomodar la importancia de los derechos de las minorías sin ignorar los votos de la mayoría como parte de la estructura total de la democracia.

En efecto, los países con minorías nacionales enfrentan el problema de los nacionalismos conflictivos, por lo que es interesante promover la identidad nacional única a través de la ciudadanía común o buscar compatibilizar y tolerar las diferencias.

1.3 Virtud Cívica

La virtud cívica requiere la participación activa del ciudadano en los asuntos y acontecimientos públicos, es decir, que salga de su individualidad y, más que eso de su pasividad y pase a dedicarse al bien común. Tal característica, sin embargo, no es inherente al hombre, sino debe ser motivada en el mismo para la mejora de la calidad de las instituciones y el fortalecimiento de la democracia. Para el ciudadano, en la correcta acepción del término, no basta ir a las urnas, cada cuatro años, consumir dos minutos de su precioso tiempo escogiendo a candidatos, aunque con bastante criterio. También es necesario que utilice instrumentos que la democracia pone a disposición, tales como la participación en partidos políticos, sindicatos, corporaciones, asociaciones, consejos comunitarios de salud, de justicia, de desarrollo urbano, de seguridad etc., utilización de medios de comunicación de masa para expresar críticas y sugerencias, salir a las calles como el movimiento 15M y otras muchas posibilidades que permiten las nuevas tecnologías²⁸, además de la participación en plebiscitos, referéndum, iniciativas de ley, veto popular, etc.

Al contrario de lo que se piensa, no es necesario tener habilidades especiales para participar en la vida política, sino tan sólo tiempo y disposición.

²⁸ BELLOSO MARTÍN, N., “Impacto de las nuevas tecnologías en la política”, en Clovis Gorzevski Organizador, *Direitos Humanos e participação política*. Vol. II, Porto Alegre, Imprensa livre, 2011, pp. 75-106.

Sin embargo, el hombre moderno considera la actividad política como una actividad ocasional o exclusiva de profesionales de la política, y prefiere dedicar su tiempo a la familia, vecinos, religión, descanso y ocio, olvidándose de que el poder estatal tiene sus mayores influencias en la vida privada y en la concreción de la justicia social. El simple ejercicio del sufragio, que es un derecho de ciudadanía por excelencia, muchas veces es convertido en un deber.

Para el político, entre otras virtudes, son importantes las apuntadas por la llamada “Comisión Nolan”, que fue creada en Gran Bretaña, en 1994²⁹, y que formuló siete principios básicos que debían regir las instituciones públicas: altruismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo.

Por altruismo se atiende al interés público y no al interés particular;

Por integridad, se impide que el agente público asuma obligaciones financieras particulares que puedan influir en sus decisiones;

Por objetividad, se entiende la orientación a que se tomen decisiones basadas en méritos, tanto en la adjudicación de contratos, como en el nombramiento de cargos;

Por responsabilidad, se entiende la rendición de cuentas y a someterse a los controles establecidos;

Por transparencia, se les impone declarar las razones de decidir y sólo guardar secreto cuando sea necesario para la preservación del interés público;

Por honestidad, se establece que el agente debe evitar un conflicto de interés público con su particular;

²⁹ MALEM SEÑA, J., “Comercio internacional, corrupción y derechos humanos”, en *Dimensiones jurídicas de la globalización*, A. de Julios Campuzano (Editor), Madrid, Dykinson, 2007, pp.84-85; Vid. también, del mismo autor, *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona, Gedisa, 2000.

Por liderazgo, se obliga que el agente público deba ser ejemplar en la observancia de estas reglas.

Además de estas virtudes del hombre público, el deber de fidelidad a la Constitución y a la ley, con objetividad y neutralidad, previstas en la Constitución Española³⁰ es fundamental. En Brasil, la Constitución establece como principios informativos, aunque bajo la perspectiva de la administración pública, la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y, además, la eficiencia. En España, los principios son: objetividad (meritocracia), eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y legalidad³¹.

Lo importante, pues, es que todo Estado Democrático establezca un marco legal e institucional mínimo que promueva las virtudes, en las familias, escuelas, iglesias, sindicatos, ONG y en las propias estructuras del poder, debiendo la sociedad civil, el pueblo, comprometerse con este objetivo y tener un papel proactivo en la construcción del mismo.

³⁰ El artículo 103.3 de la Constitución Española se refiere al mérito y a la capacidad como requisitos para el ejercicio de la función pública y remite a la reglamentación el derecho de sindicación y el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos.

³¹ Art.103.1 CE

CAPÍTULO II

LA CORRUPCIÓN

2.1. Introducción

El vocablo “corrupción” es utilizado para definir procedimientos humanos no idóneos, deshonestos e ilícitos que debilitan y destruyen los patrones éticos de una determinada sociedad. En este sentido, la corrupción es el desvirtuamiento por parte de una persona de conductas generalmente aceptadas como correctas, que desde luego sugieren un cierto relativismo conceptual, es decir, el alcance de lo que sea correcto para un individuo y no para otro.

De hecho, hay quien considera como primer problema el consensuar el concepto de corrupción, que sea efectivamente compartido de forma amplia, ante la cultura y las tradiciones jurídicas, éticas y políticas de diferentes naciones³².

De una forma general, la corrupción engloba todas las especies de ilícitos, no sólo los penales, civiles, administrativos y políticos³³, sino también las conductas humanas amorales y aéticas y extiende sus tentáculos al plano social, político y comercial.

³² “Una de las cuestiones más serias a las que se enfrenta cualquier intento de analizar el fenómeno de la corrupción es el de establecer un concepto de corrupción que pueda ser ampliamente compartido a pesar de las diferentes tradiciones jurídicas, éticas y políticas a las que se pueda pertenecer y al margen de las distintas perspectivas desde las que se pueda enfocar su análisis. El interés por esta tarea no es únicamente teórico. Su sentido práctico fue puesto de manifiesto, por ejemplo, en los estudios preliminares a la redacción del proyecto de un Acuerdo Internacional acerca de los pagos ilícitos, presentado ante la Comisión de Empresas Transnacionales de Naciones Unidas en 1979.” (MALEM SEÑA, J., *La Corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona, Gedisa, 2002.p.21; también, MALEM SEÑA, J., “Acerca del concepto de corrupción” en *vid.* LAPORTA, F., y ÁLVAREZ, S., *La corrupción política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp.39 y ss.).

³³ *Vid.* LAPORTA, F., y ÁLVAREZ, S., *La corrupción política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Según apuntan Ballouk Filho y Kuntz³⁴, la ONU, en su sitio Web, define la corrupción de la siguiente manera: “Etimológicamente, la palabra corrupción deriva del verbo latín *corruptus* (romper o destruir). Literalmente, eso significa objeto roto. Conceptualmente, corrupción es una forma de comportamiento que prescinde de la ética, la moralidad, la tradición, la ley y la virtud civil.”

La definición clásica, seguida por el Banco Mundial y por la Transparencia Internacional, es que³⁵, considera corrupción como el uso de la posición pública de un individuo para provechos personales ilegítimos. Abuso de poder y provechos personales, que pueden producirse tanto en la esfera privada como en la pública y, muchas veces, implica colisión entre individuos de los dos sectores.”

Para Malem Seña³⁶, los actos de corrupción son conductas que violan, de forma activa o pasiva, un deber funcional con el objetivo de obtener un beneficio particular de cualquier naturaleza. Con relación a la esfera estatal, por tanto, cabe destacar que la corrupción se manifiesta a través del agente público o ante este, por el uso, abuso u omisión del poder, lo que resulta una ventaja indebida para sí mismo o para terceros, ocasionando o no perjuicio al erario.

El hombre es un animal acoplable y comunicante, causa y efecto de las circunstancias, de la realidad y de la historia e, *ipso facto*, también capaz de influenciarlas y modificarlas. La corrupción, sin embargo, es un fenómeno inherente a la condición humana, pudiendo ser trasladada a los agentes públicos, porque éstos son meros ‘ejemplares’ del medio social.

³⁴ BALLOUK FILHO y KUNTZ, *Corrupção Política: a luta social pelo resgate da dignidade do exercício do poder*, Madras, 2008, p.33

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ “Se pueden definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza.” (MALEM SEÑA, J., *La Corrupción*, cit., p.35).

El peligro mayor se produce cuando una sociedad está corrupta de forma generalizada hasta el punto de tolerar y considerar normal la práctica de la corrupción, síntoma inequívoco de que ha perdido la capacidad de escandalizarse con actos nefandos de los agentes públicos, precisamente los que tienen el deber de realizar la justicia y velar por el bien común.

Lamentablemente, es común que la ciudadanía tenga una idea negativa de la clase política –todos son iguales-. Unos tras otros van rotando en llevar a cabo actos vulgares de corrupción, viendo con resignación el turno de políticos en cargos que, a partir de la premisa de que “si sus predecesores se lucraron, por qué no lo van a hacer también ellos”.

La cuestión ética, como es notorio, va más allá del horizonte de la juridicidad. Existen habilidosos abogados y eminentes juristas que se asocian a políticos, para la consecución de sus objetivos egoístas, que invierten la función principal del Estado que es la realización de la Justicia y la consecución del bien común y parafrasean a Al Capone (legendario mafioso americano) que, según la literatura, decía: “no entiendo cómo las personas escogen el camino del crimen, cuando hay tantas modales legales de ser deshonesto.” Se trata, como se ve, de una inaceptable inversión de valores.

2.2. La Corrupción y la Naturaleza Humana

¿Por qué será que el hombre siempre busca una justificación para no hacer lo que debe?

Se puede afirmar que el bien y el mal son innatos al hombre. Lo importante es como hacer prevalecer uno sobre el otro. Así, no solamente la violencia, la avaricia, la corrupción, la estupidez, la compulsión sexual, sino también la inteligencia, la bondad y la compasión forman parte de la naturaleza humana.

Por ello, el Estado y las instituciones de control tienen que ser fuertes e intentar desarrollar políticas y mecanismos eficaces para propiciar al ciudadano formas efectivas de optimización de las acciones humanas que resulten medidas a favor de la colectividad.

Para un Estado débil, de instituciones tenues, de pueblo que no ejerce la ciudadanía y no aprecia las virtudes cívicas, indudablemente habrá políticos deshonestos e incompetentes, criminales de corbata y capital organizados, en simbiosis con los instrumentos del propio Estado, en una actuación aética en todos los sectores, reflejando un estadio involutivo de la sociedad, aunque poseedora de grandes riquezas.

Peter Sing, citado por Batista³⁷ como el mayor filósofo de Australia, afirma en su libro *'Libertação Animal'* que, cuando la sociedad se acostumbra a convivir con la violencia es señal de que ha perdido el control de sí misma, denota que algo está fallando en la moral social de la comunidad. Sing recurre al conocido discurso de Martin Luther King, según el cual "Lo que más preocupa no es el grito de los violentos, ni de los corruptos, ni de los deshonestos, ni de los sin carácter, ni de los sin ética. Lo que más preocupa es el silencio de los buenos".³⁸

La sociedad, por tanto, no puede permanecer pasiva esperando que una mano invisible ponga en orden el caos que la corrupción, la violencia, la falta de ética y otros males son capaces de generar. Al contrario, se impone que los ciudadanos y las instituciones políticas y sociales sean capaces de soñar, que tengan conciencia de su papel proactivo en la construcción de un Estado y de un mundo mejor, aunando esfuerzos y aprovechando los instrumentos y mecanismo que la democracia y la ciudadanía ponen a su disposición³⁹.

³⁷BATISTA, A., *Corrupção: fator de progresso?*. 10ª. ed., São Paulo, Juarez de Oliveira. 2008, p.13.

³⁸BATISTA, A., *op.cit.*, p.14.

³⁹Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., "La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil", en *Corrupción y ética. Cuadernos de Teología Deusto*, Bilbao, 1996; también, SABÁN, A., *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid, Civitas, 1991.

2.3. Moral, Ética y Derecho

2.3.1 Ética e Moral

Como acertadamente apunta N. Beloso Martín, definir qué sea la Ética no es una cuestión pacífica. Las respuestas que nos pueden ofrecer quienes no son expertos en la materia pueden ir desde “ético es lo que mis sentimientos me dicen que es correcto. Pero esto no es un estándar fijo, y puede dar lugar a problemas” a aquéllos otros que consideran que “ético significa estándares aceptados en términos del bienestar personal y social; lo que uno cree que está bien. Pero, ¿y si yo he tenido una mala guía? Tal vez cada uno de nosotros piensa que sabe lo que es ético, pero diferimos. ¿Cómo se sabría, entonces, lo que es correcto?”⁴⁰.

Ética y moral parecen ser términos indistintos pero tienen etimologías diferentes. “Ética” es un término que deriva del griego *ethos* –“carácter”, en tanto modo de ser culturalmente adquirido, adquirido por el hábito-. Por su parte, “moral” es un término que deriva del latín *mos, moris* –“costumbre”, “tradición”, etc. Ética no es lo mismo que moralidad. La ética es moral racional y dialógicamente argüible, y por lo tanto, “públicamente argüible”, apelando a la razón pública y sin constreñirse a razones privadas. Por tanto, para comprender qué sea Ética debemos partir de la moralidad.

Se podría definir la moralidad como los estándares que tiene un individuo o un grupo acerca de qué es correcto o incorrecto, o lo que está bien o está mal. Y, ¿cuáles son las características que distinguen a los estándares morales de los que no lo son? Se pueden enumerar cinco características que ayudan a establecer la naturaleza de los estándares morales: 1) Manejan asuntos que creemos dañarían o beneficiarían significativamente a las personas (por

⁴⁰ BELLOSO MARTÍN, N., “Ética y valores en la empresa y en los negocios: del código de conducta empresarial al sello de confianza”, en: R. Sánchez Román y J. Pérez Gil, *Aspectos jurídicos de la empresa y de los negocios: una perspectiva multidisciplinar*. Libro conmemorativo de los XXV años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 2011, pp. 459-485.

ejemplo, robo, violación, esclavitud, asesinato, abuso de menores, etc.); 2) No se establecen o cambian por la decisión de cuerpos de autoridad específicos. Las leyes y los estándares legales sí están establecidos por la autoridad legislativa o la decisión de los votantes. La validez de los estándares morales se apoya en la suficiencia de las razones que los justifican; 3) Sentimos que los estándares morales deben preferirse a otros valores incluso al interés personal. Es decir, si una persona tiene obligación moral de hacer algo, entonces se espera que lo haga, aunque cuando esté en conflicto con otros valores, no morales, o con el interés personal; 4) Por lo general, los estándares morales se basan en consideraciones imparciales. Que uno se beneficie con una mentira y otro reciba un daño es irrelevante para decidir si mentir es moralmente incorrecto; 5) Están asociados con emociones y vocabulario especiales. Por ejemplo, si yo actúo en contra de un estándar moral, normalmente me sentiré culpable, avergonzado y con remordimiento: clasificaría mi comportamiento como “inmoral” o “erróneo”⁴¹.

En definitiva, los estándares morales son los que se refieren a asuntos cuyas consecuencias creemos son serias, se basan en las buenas razones y no en la autoridad, invalidan el interés personal, se basan en consideraciones imparciales, están asociados con sentimientos de culpa y vergüenza, y tienen un vocabulario moral especial. Estos estándares son productos de muchas influencias, los asumimos en nuestra etapa de infancia y los corregimos conforme maduramos⁴²

Ética es la disciplina que examina los estándares morales personales o los estándares morales de una sociedad. Pregunta cómo se aplican estos estándares a nuestras vidas y si son razonables o irrazonables, es decir, si están apoyados por buenas razones o por razones pobres. Ética es la parte de la Filosofía que se ocupa de la moral y de las obligaciones del ser humano considerado en su individualidad. Como apunta O. Diego, la Ética es la “disciplina del conocimiento que tiene por objeto el estudio de los distintos caracteres, hábitos, costumbres y actitudes del ser humano, y clasifica las acciones en buenas o malas, debidas o

⁴¹ VELASQUEZ, M.G., *Ética en los negocios. Conceptos y casos*, 6ª ed., México, Pearson, 2006, pp.9-10.

⁴² BELLOSO MARTÍN, N., “Ética y valores en la empresa y en los negocios, cit. pp. 459-461.

indebidas, convenientes o nocivas, en virtudes y vicios, y enseña cuáles son aquellas dignas de imitar⁴³.

Por naturaleza el hombre pertenece al género animal, pero a diferencia de éste tiene desarrollada la habilidad del razonamiento, del análisis y la reflexión, cualidades que a su vez se basan en la capacidad de percepción y en la inteligencia. Cuando desarrolla dichos elementos llega a un grado de comprensión que le permite discernir lo benéfico de lo nocivo. En la medida en que razona sobre si es conveniente o no realizar un determinado acto y elige, entra en el campo de la Ética. En la disciplina de la Ética existe una lógica de lo que es honesto, conveniente y debido, en contraposición a lo deshonesto, inconveniente e indebido.

2.3.2 Derecho y Moral

De las diversas doctrinas que podríamos apuntar en cuanto a las relaciones entre moral y derecho sólo la de la distinción nos parece defendible en la actualidad:

- La doctrina de la total confusión choca contra la marcha de la historia que parece avanzar, a marchas forzadas, hacia una mayor diversificación de las normas.
- La doctrina de la absorción del derecho por la moral supone un recorte inadmisibles de la libertad política, puesto que la moral no puede imponer una forma determinada de gobierno.
- La absorción de la moral por el derecho desemboca en formas totalitarias de gobierno con la consiguiente negación de toda posibilidad de disenter, de toda pluralidad de ideas, cuando no de la represión de toda opinión.

⁴³ DIEGO, O., "Fortaleza ética en gobernantes y funcionarios de la Administración pública" en *Revista Ética Administrativa*, IAP del Estado de Quintana Roo, México, 2004, pp.3-28.

- La teoría de la separación, movida, ciertamente, por el ideal de la tolerancia y de la separación del poder del ámbito de la persona, no se ha realizado nunca históricamente, probablemente porque parte de un error de base, como es el de reconocer que no estamos ante un único sujeto, el ser humano, sobre el cual pesan los deberes morales y jurídicos.
- El hombre, aunque sólo sea para no caer en la división de su vida necesita una ordenación de sus deberes, cosa que con la teoría de la separación es imposible garantizar.

Su teoría ética (expuesta principalmente en su *Fundamentación de metafísica de las costumbres*, 1785, y *Crítica de la razón práctica*, 1790) es una teoría deontológica o formalista en la medida en que es una teoría según la cual la corrección moral de un acto no está dada por el hecho de que sus consecuencias maximicen cierto bien intrínseco, sino que depende de que, por su naturaleza inherente, constituya el cumplimiento de un deber. El concepto del deber es, entonces, para esta teoría prioritario sobre el de bondad (a diferencia del utilitarismo, según el cual el deber consiste en maximizar el bien). Kant sostiene que existen deberes absolutos, incondicionados, de manera que el cumplimiento de las normas o la forma depende del propio deber. Su idea de justicia se fundamenta en la moral, entendida como moral objetiva basada en la idea de autonomía en la que el “deber” se vincula al imperativo categórico⁴⁴. Los principios morales, para Kant, deben ser *autónomos*, porque son principios que uno se da a sí mismo con independencia de toda autoridad humana o divina; deben ser *categoricos*, porque lo que ellos ordenan

⁴⁴ La corriente comunitarista (CH. Taylor, A. MacIntyre, M. Sandel, M. Walter) se opone a la concepción de la justicia del liberalismo deontológico de origen kantiano de la justicia. Consideran que al derivar principios de justicia sin una previa concepción del bien de la persona, se acaban proponiendo fórmulas de justicia vacías. Asimismo, sostienen que las concepciones del bien se articulan a través de las prácticas y convenciones de una sociedad, de manera que los principios que se pueden derivar de las mismas varían según las sociedades, a diferencia de la aspiración liberal deontológico de inferir principios de justicia universales y abstractos (Cfr. NINO, C.S., “Justicia”, en *El Derecho y la Justicia*. Edic. de E. Garzón Valdés y F.J. Laporta, Madrid, Trotta, 1996, p.475).

no está condicionado a intereses o deseos⁴⁵; deben ser *universales*, ya que obligan a todos los seres racionales por igual⁴⁶.

Kant observa que, junto a la facultad cognoscitiva hay en el hombre una facultad racional encaminada a la acción. Y con ella dispone un dato *a priori* de valor absoluto: la existencia del deber.

Este deber no es una máxima valedera para un caso determinado, ni un imperativo hipotético que subordine el acto imperado a la obtención de algún bien conocido en la experiencia; es un imperativo categórico, es decir, un orden inmune a todo móvil utilitario, valedera siempre, cuyas fórmulas son:

1ª- “Obra de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”. Sólo el que obra por puro deber, obra moralmente.

2ª- “Obra de tal manera que no trates nunca a la humanidad, tanto en la de tu persona como en la de cualquier otro, sólo como medio, sino siempre al mismo tiempo como fin”

Como se ve, el imperativo categórico es un imperativo formal pues sólo prescribe la forma y no el contenido de la acción: obrar por respeto al deber.

El concepto del derecho no puede, según Kant, extraerse de la experiencia, pues ésta sólo nos indica lo que en cada momento es derecho, es decir, lo que prescriben las leyes en un tiempo y en un lugar dado, pero nada dice

⁴⁵ Son categóricos porque a diferencia de los imperativos hipotéticos del razonamiento prudencial, lo que ellos ordenan no está condicionado a que tengamos ciertos fines o deseos.

⁴⁶ Las leyes morales son universales puesto que si son los principios que queremos como puros seres racionales con abstracción de nuestras inclinaciones y deseos contingentes que nos diferencian unos de otros, entonces se sigue que cada ser racional querrá la misma ley que querría cualquier otro ser racional, y, por lo tanto, esa ley moral obliga a todos los seres racionales por igual.

acerca de si responde o no al criterio universal con arreglo a lo cual algo es justo o injusto.

Kant toma como punto de partida la distinción de Tomasio, a la hora de diferenciar entre derecho y moral, aunque profundizándola.

Distingue Kant una doble legislación: la legislación interna, ética, que hace del deber el móvil mismo de la acción (“¡Obra con arreglo al deber por el deber!”); y la legislación externa, jurídica, que no incluye en la ley el móvil, sino que permite otros móviles que el deber.

Ambas legislaciones se diferencian por su objeto: a) el derecho se ocupa de la “legislación práctica externa de una persona respecto de otra en tanto que sus actos puedan, como hechos, ejercer influencia (directa o indirecta) sobre otros”; b) La ética, en cambio, abarca todos los deberes del hombre, sean externos o internos. La legislación moral tiene un objeto más amplio que la jurídica, a la vez que ésta sólo prescribe actos externos, mientras que aquélla prescribe además el móvil de los actos. Por ello, el derecho se conforma con una mera legalidad, es decir, con la concordancia del acto externo con la ley sin tener en cuenta su móvil, mientras que la ética requiere moralidad, es decir, el cumplimiento del acto por deber.

Mientras que para Tomasio el criterio de la interioridad o exterioridad de la acción era el fundamento de la distinción, en la doctrina de Kant el verdadero criterio de distinción es el del motivo por el que se obedece a la legislación, el motivo absoluto del deber por el puro deber en el caso de la legislación moral (que por tanto no puede ser sino interna), y un motivo empírico en el caso de la legislación jurídica (que por tanto es externa).

Sin embargo, a pesar de las diferencias que separan moral y derecho, ambos persiguen el mismo fin último, pues pretenden asegurar la libertad del hombre, impidiendo que éste pueda ser rebajado al rango de un simple medio.

Mientras la moral persigue la libertad interior, la independencia del sujeto con respecto a todo móvil que no sea el deber autónomo, el derecho realiza la libertad del obrar externo en la convivencia con los demás.

De ahí la célebre definición kantiana del derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”.

De ello cabe deducir que Kant no establece entre derecho y moral una separación tajante, y menos una contraposición, porque en definitiva, el derecho tiene el mismo fundamento que la moral. Como Tomasio, Kant considera la coercibilidad como nota esencial del derecho: “derecho y facultad de constreñir significan lo mismo”.

El Derecho se encuentra en el ámbito de los imperativos hipotéticos, puesto que establece una condición, un mandato, expresado en la ley, que puede, o no, ser cumplido. La heteronimia del derecho está caracterizada por su coercibilidad, el uso de la fuerza monopolizado por el Estado, ya que, si una determinada acción prevista en la norma jurídica no es llevada a cabo, conlleva la imposición de una sanción al individuo que incumple tal norma.

Principalmente en la Administración pública, la moralidad se encuentra positivada en el ordenamiento jurídico, sea como principio sea como norma, lo que le confiere el carácter de imperatividad y coercibilidad.

Por tanto, el mandatario público, en el ejercicio de sus funciones, debe obediencia, más que a la legalidad estricta, a la moralidad.

Se trata, por así decir, de una conducta obligatoria para todo agente público, bien sea presidente, parlamentario, ministro, cualquier autoridad o servidor público, independientemente del rango que ostente.

Sin embargo, ya que la moralidad se presenta como un concepto abierto, cercano a las circunstancias de la realidad y de la historia, existe el peligro

de que tal relativización debilite el concepto y provoque una involución, un retroceso, una justificación para que el hombre no haga lo que debe.

Asimismo, la ética, que trata de elementos universales, independientemente del tiempo y espacio, debe ir evaluando las conductas, tanto de las personas como de las asociaciones, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, y las instituciones que tienen la finalidad de llevar a cabo el control de los actos de corrupción para que el género humano efectivamente progrese y progrese para mejor.

2.4. Corrupción y Democracia

La democracia tiene como consecuencia la ascensión del pueblo al poder. Esto conlleva que la conducta y comportamiento por parte de ese pueblo que está en el poder, en el ejercicio de su cargo, pueda ser objeto de control.

En el Estado absoluto, al súbdito se le prohibía cualquier forma de participación en la gestión pública. Además, en virtud de la adopción del derecho divino de los reyes, no se establecía ningún límite al gobernante “ungido”, que promulgaba y revocaba las leyes de acuerdo con sus intereses personales⁴⁷.

En el Estado democrático, como es notorio, todo poder emana del pueblo y se ejerce en su nombre. Las constituciones, escritas o no, son resultado de una lucha trabada, dirigida a la limitación del poder, a la supremacía de la ley y a la obtención de un conjunto de garantías y libertades públicas y privadas que el Estado debía resguardar en un estatuto único y solemne, debiéndole obediencia, independiente de quien esté en el poder.

Para Ferdinand Lassale⁴⁸ hay dos constituciones: la real y la formal. Ésta, no pasa de un folio de papel. Lo importante es la Constitución real, que

⁴⁷ Se le atribuye a Luis XIV, Rey de Francia, la famosa frase que sintetiza el pensamiento absolutista de la época: “*L’État c’est moi!*” (El Estado soy yo).

⁴⁸ LASSALE, F., *A Essência da Constituição*. 5ªed., Rio de Janeiro, Liber Juris, 2000.

establece las relaciones de poder que dominan el país: el poder militar, el poder económico, el poder social, el poder intelectual.

Entre la Constitución formal y la real hay una gran distancia. La democracia se tiene que construir cada día, con prudencia y responsabilidad, dentro de una lógica de lo posible, pero en la búsqueda constante y perpetua de su fortalecimiento.

La debilidad democrática, como sintetiza García y Pacheco⁴⁹, facilita la propagación de la corrupción al aprovecharse de las limitaciones de los instrumentos de control, de la inexistencia de mecanismos aptos para mantener la administración inherente a la legalidad, de la arbitrariedad del poder y de la consecuente supremacía del interés de quienes detentan la potestad pública, a pesar del anhelo colectivo.

Los constitucionalistas sostienen que los códigos y declaraciones, a partir de la Revolución Francesa, inicialmente consagraron las tres dimensiones⁵⁰ de derechos, como son: los derechos de primera dimensión, que son los derechos de libertad; los de segunda dimensión, que serían los derechos de igualdad y los derechos de tercera dimensión, la fraternidad.

La democracia, a su vez, ya abre el abanico de los llamados derechos de cuarta generación o dimensión, junto con el derecho a la información y al pluralismo político.

Lejos de ser delineada por la norma, la democracia es el reflejo de la lenta evolución cultural, exigiendo una continua maduración de la conciencia popular. Recordarnos aquí a Ihering cuando decía que “el fin del derecho es la paz, el medio que se sirve para conseguirlo, es la lucha”.

⁴⁹GARCIA, E. Alves, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*, 4ªed., Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2008.

⁵⁰ En Brasil acostumbramos a referirnos a “dimensiones” de los derechos humanos –siguiendo al constitucionalista Paulo Bonavides- y no a “generaciones” de derechos humanos, terminología más habitual en España. La razón estriba en que el término dimensiones transmite la idea de que hay una sucesión de derechos. El término “dimensión” pretende transmitir que la segunda dimensión acoge y arropa a la primera para dar lugar a la segunda. Y así sucesivamente con la tercera, que se forja a partir de la imprescindible referencia a la primera y a la segunda dimensión..

Evaluando los derechos del hombre como derechos de libertad, Norberto Bobbio, en la línea del tiempo, analiza los derechos civiles como los derechos de libertad con relación al Estado, los derechos políticos como derechos de libertad en el Estado y los derechos sociales como derechos de libertad a través del Estado.

Según Paulo Bonavides⁵¹, los derechos humanos son la garantía de la libertad. No la libertad de inspiración de las constituciones de los Estados liberales, sino la libertad como valor que fundamenta las constituciones de los Estados sociales.

La lucha contra la corrupción no podrá ser fruto de una mera producción normativa, sino el resultado de la adquisición de una conciencia democrática y de una lenta y paulatina participación popular, lo que permitirá una continua fiscalización de las instituciones públicas, reducirá la connivencia y, poco a poco, depurará las ideas de los que pretenden ascender al poder.

Los patrones éticos y culturales de una determinada sociedad se reflejan en los agentes públicos, que son fruto de la misma sociedad. Así, la sociedad debe sembrar valores supremos y virtudes cívicas para recoger gobernantes honestos y capaces.

Al gestor gubernamental o funcionario corrupto o incompetente, en un Estado nación en pleno ejercicio de la ciudadanía, no le debería permitirse volver a gobernar o ejercer función pública alguna, y debería asumir la responsabilidad penal, civil y administrativa que le correspondiera. Solamente así, se puede reducir o atenuar los niveles de corrupción, ya que somos conscientes de que, lamentablemente, eliminarla por completo es un planteamiento utópico.

Desgraciadamente, hay una tendencia de las instituciones de control y también de la sociedad a tolerar actos de corrupción hasta un cierto grado, de la misma forma que se verifica en el ámbito penal, donde la doctrina establece tres niveles de gravedad: leves, graves y muy graves. En este sentido, el Estado se

⁵¹ BONAVIDES, P., *Ciência Política*, cit.

preocupa sólo por los delitos de graves o de muy grave potencial ofensivo y no desarrolla un sistema de contención de los delitos de menor grado, de los considerados como leves.

Ahí reside una gran equivocación, puesto que, pequeñas infracciones, que se van tolerando, evolucionarán hacia infracciones más graves. Lo mismo sucede con los actos de corrupción, que exigen un permanente y diligente control.

Para el avance o el perfeccionamiento de la democracia, así como de todas las generaciones de derechos ya conquistados, es necesaria, por tanto, la presencia de un Estado fuerte, con instituciones activas. Pero no basta sólo con esto. Es necesaria, sobretodo, la participación de los ciudadanos, del conjunto social y de las instituciones democráticas, debidamente movilizadas y en el ejercicio pleno de las libertades, siempre dispuestos a mantener las conquistas, prevenir recaídas, evitar retrocesos y evolucionar.

2.5. Actores de la corrupción

Todo ciudadano debe inquietarse con la corrupción y con sus actores. La prensa libre y verdaderamente independiente tiene la virtud de sacar a la luz casos merecedores de reprobación social bajo todos los aspectos, tanto en la esfera de la administración pública, como del Poder Judicial, siendo, sin embargo, en el Poder Legislativo donde generalmente resuena con mayor intensidad.

No existe corrupto sin corruptor, pero la visión que erróneamente se tiene es de que el sujeto activo de la relación es la parte débil, la víctima en este proceso, quien no podría adoptar una conducta diversa en la sociedad capitalista y de gran competencia, cuando en realidad es desleal con sus competidores e incompetente en sus actividades, siendo deshonesto con los particulares y con la sociedad. Por ello, es tan culpable o incluso más que el empleado que recibe el

soborno a cambio de recompensas para contrariar el interés público y atender exclusivamente los fines egoístas y particulares.

No se está sosteniendo – es preciso puntualizar-, que el funcionario no sea un actor importante en la relación, pero no por ello hay que dejar de llamar la atención sobre el hecho de que es muy común un análisis apresurado del fenómeno y el repudio vehemente al agente público en detrimento de la otra cara de la moneda.

De hecho, los corruptores no son sólo los *ambiciosos contratistas* que, con la participación de funcionarios del gobierno falsean las subastas públicas para las obras de construcción, suministro de bienes o servicios. En los procesos de privatización de empresas estatales, son los *compradores privilegiados* ya sea por las informaciones privilegiadas, ya sea por la subestimación de tales empresas, así como por la consecución de condiciones especiales de pago y por la obtención de financiación de las adquisiciones por el propio gobierno. También hay quienes sostienen la legitimidad de los denominados *lobbistas* que actúan en los parlamentos para obtener privilegios para aquellos determinados sectores a los que representan, por ejemplo, la minería, la energía, el sector financiero, siendo también sujetos activos de corrupción, puesto que buscan el logro de intereses particulares en detrimento del interés público, siendo una especie más gradual de tráfico de influencias⁵².

Son también sujetos activos de la corrupción, aunque de forma más mediata, los donantes para la campañas electorales, puesto que generalmente tienen un interés privado en mantener un contrato con la administración pública, tal y como hemos abordado en el apartado 2.7.

El sujeto activo de la corrupción, a su vez, puede ser todo el que ejerce un mandato, un cargo, un empleo o una función pública, aunque

⁵²“En algunas legislaciones como la española, además, hizo su aparición como un delito autónomo la vieja e conocida práctica de tráfico de influencias. A rebufo de escándalos políticos administrativos y ante la necesidad de dar una respuesta también simbólica a estos hechos, el parlamento español decidió castigar a quien influenciare, sea éste funcionario o particular, a un funcionario público o a una autoridad con el fin de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero” (MALEN SEÑA, Jorge F., *La Corrupción*, cit., pp.50-51).

transitoriamente o sin remuneración, por elección, nombramiento, designación, contratación o cualquier vínculo. De una forma más amplia, también podemos considerar que puede ser sujeto activo de corrupción quien dirija cualquier entidad aun cuando sea privada pero que reciba subvención, beneficio fiscal o crédito público. Por esta razón, pueden ser participantes activos el dirigente sindical, el dirigente de un órgano de fiscalización profesional, de un partido político, de organizaciones no gubernamentales e incluso de empresas privadas que gocen de incentivos fiscales, puesto que reciben subvenciones de las arcas públicas.

2.6. Efectos de la corrupción

La corrupción no genera impactos solamente económicos, bien sea en las finanzas públicas o en las particulares. Sus efectos más drásticos y perversos alcanzan los fundamentos de la administración pública, es decir, la soberanía popular y la ciudadanía, minando las bases del Estado democrático de Derecho.

De hecho, los recursos desviados a los sótanos de la corrupción (hay estimaciones de que superan un trillón⁵³ de dólares estadounidenses) hieren de muerte los derechos en todas sus dimensiones, desde los derechos individuales a los derechos sociales, pasando por los derechos políticos.

Los objetivos del Estado-providencia o social, que surge precisamente para mitigar las desigualdades sociales, a través de la realización de la justicia distributiva, las inversiones en las políticas de salud pública, la vivienda, la seguridad pública, la educación entre otros, ante la corrupción que dilapida los fondos públicos se enfrenta con el agravamiento de los problemas sociales, llegando a afectar especialmente a las poblaciones más pobres, frente al crecimiento del analfabetismo, las epidemias de salud, la mortalidad infantil y la

⁵³ En 2005, según DENIZE BACOCINA, Daniel Kaufman, director de los programas de gobernanza del Banco Mundial declaró que un billón de dólares era el monto pagado en corrupción anualmente en todo el mundo, el equivalente al 3% del PIB mundial.

(www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2005/10/051011_corrupdenizebr.shtml)

mala distribución de la renta, generando un círculo vicioso que retroalimenta el proceso de corrupción y debilita la nación.

Por otra parte, también los pagos por soborno para la adjudicación de obras y servicios públicos, por supuesto, pasarán a integrar sus costes y deberán ser soportados por el contribuyente, como por ejemplo los peajes por los usuarios de una autopista, así como las indebidas autorizaciones de readaptación de las tarifas públicas de servicios regulados como energía, telefonía, combustibles y otras, facilitadas por las conductas ilegales del servidor público.

Del mismo modo las exenciones fiscales a cambio del favoritismo personal reducen los ingresos fiscales y por lo tanto los recursos que se deberían destinar a las obras y a los servicios públicos.

En cuanto a los efectos políticos de la corrupción, las financiaciones privadas de campañas electorales si, por un lado desequilibran la relación de igualdad de competencia de los partidos políticos, por otro lado, también son un importante factor de aumento de los costes que deben de soportar los contribuyentes puesto que las empresas donantes esperan ser generosamente recompensadas y generalmente lo son.

En lo que se refiere a los efectos de la corrupción en el Poder Judicial, el hecho es más preocupante. Todos los poderes del Estado tienen el deber de observar la Constitución y la legalidad en sentido amplio, pero éste es el encargado de aplicar las normas en sentido estricto y producir decisiones definitivas en casos concretos, y también en materias de orden político-administrativo, en sede de control de constitucionalidad, con efectos generales y abstractos.

Además, todo ordenamiento jurídico se levanta sobre los fundamentos de la justicia y la seguridad jurídica, donde se deduce que debe haber una expectativa de los destinatarios del Derecho y la certeza de las normas e instituciones con respecto a un cierto grado de razonabilidad y probabilidad de su

aplicación y de que las decisiones judiciales sean aceptables y legítimas en cuanto a la argumentación racional de los magistrados⁵⁴.

Con la corrupción del juez, justicia y seguridad jurídica son aplastadas y el Estado de derecho retrotrae al absolutismo, con la desventaja de tener en lugar de uno, varios monarcas. Si la corrupción se produce en los tribunales superiores, la desgracia es aún mayor, dado que además de causar un desincentivo a la honestidad de los grados inferiores fulmina también otro principio derivado del debido proceso tal como es el doble grado de jurisdicción. En los sistemas de jurisdicción concentrada, entonces, la presencia de jueces arbitrarios en los tribunales constitucionales ahoga el sistema en su totalidad de arriba hacia abajo, porque las decisiones vinculan a los tribunales inferiores. Si, en cambio, la corrupción se encuentra en la base de la pirámide judicial, al menos habrá esperanza a través de los sistemas internos de control administrativo-disciplinar e instancias procesales y de recurso para que pueda prevalecer la ley y la justicia.

La corrupción ¿puede, en algunos casos, producir efectos positivos? Nos parece que la investigación es la misma de "¿cómo puede un árbol envenenado generar buenos frutos"? La respuesta es negativa, si la meta es la supremacía del interés público. Todos los argumentos favorables⁵⁵ son falaces y

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel, 1991, p.21 (Cita tomada de MALEN SEÑA, J., *La Corrupción*, cit.,p.167). "En función de ese conocimiento los destinatarios del derecho pueden organizar su conducta presente e programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad."

⁵⁵ GARCIA subraya que "Como recuerda Maria Victória Muriel Patino, algunos sustentan la existencia de aspectos positivos en las prácticas corruptas. "Hay que destacar que no todos los analistas concluyen que la corrupción produce efectos indiscutiblemente negativos sobre la economía, si bien la postura que defiende que los efectos netos son positivos es cada vez más minoritaria. En este sentido, algunos autores señalan que la corrupción en ocasiones mitiga – aunque no elimina – el problema de la pobreza, al permitir que algunos ciudadanos escapen a legislaciones demasiado restrictivas que les impedirían todo acceso a determinados bienes y actividades – economía sumergida, construcción ilegal de viviendas...- que proporcionan un cierto bienestar. También se argumenta que la corrupción puede incluso dar lugar a un mayor crecimiento económico, dado que los individuos corruptos generalmente disponen de mayor renta y, por tanto, de mayor capacidad para realizar inversión productiva. En cualquier caso, no puede pasarse por alto el hecho de que ambos argumentos únicamente tienen un sentido parcial, no generalizable. Incluso aceptando que pequeños actos de corrupción puedan mejorar puntualmente el bienestar de algunos de los individuos más pobres, no cabe duda de que existen numerosas formas de afrontar el problema subyacente de distribución de la renta más adecuadas que la

no se sustentan, salvo desde una visión miope y egoísta, siendo un contrasentido, ante los muchos males que la misma causa a la sociedad, como históricamente se ha comprobado.

2.7. Corrupción y elecciones

La democracia tiene un coste alto. Las elecciones están, cada vez, más mercantilizadas, exigiendo de los partidos políticos y de los candidatos enormes sumas de dinero para el desarrollo de las campañas electorales, precio éste que la sociedad, en última instancia, es la que tiene que pagar, directa o indirectamente.

También es cierto que cuando hay dinero y poder, hay terreno fértil para la corrupción. Las elecciones, antes de reflejar la madurez y la manifestación de poder social y político, por desgracia acaban reflejando el poder económico y el abuso del poder político.

Las denominadas alianzas políticas de los partidos se forman con anterioridad a las elecciones, con el objetivo de conseguir los recursos financieros y el espacio político para la realización de las campañas electorales y, posteriormente, para hacer los consabidos repartos de cargos y esferas de poder en la Administración pública.

La financiación de las campañas sólo puede ser pública o privada, directa o indirecta. En el caso de financiación pública, los recursos financieros pueden surgir directamente del tesoro público, a través del traspaso de recursos financieros a los partidos políticos o, indirectamente, mediante la transferencia de fondos y la ejecución de obras públicas en los territorios de los aliados políticos, la víspera de las elecciones, admitiendo a sus correligionarios en cargos en comisión.

tolerancia de la corrupción.” (“Economía, Corrupción y Desarrollo”, en *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos*, E. A. Fabián Caparrós org., pp.27-28 y *op.cit.* p.22).

En este sentido, se puede afirmar que, hasta cierto punto, el propio régimen democrático propicia, o incluso estimula, la práctica de actos de corrupción.

Otro ejemplo de factor que distorsiona la formación de la conciencia política, especialmente en los países pobres, es el prolongado mantenimiento de programas de carácter asistencialista, que dirige los recursos fiscales del pastel tributario para una parcela necesitada del sistema. Resultaría más conveniente que los gobiernos trataran de desarrollar políticas de reinserción o reasignación de los excluidos del sistema económico y productivo.

Por otro lado, si la financiación fuera privada, mediante donaciones declaradas y no declaradas (principalmente), de forma abusiva, podría comprometer la igualdad de oportunidades.

Efectivamente, la financiación privada, lejos de ser una contribución desinteresada o sin pretensiones del ciudadano o empresa, representa un contrato sinalagmático, porque se hace a cambio de cargos en comisión, adjudicación de contratos por parte del poder público sin la observancia del debido proceso de subasta pública o el patrocinio por parte del gobernante partidario de proyectos. No se tiene presente el interés público sino sólo el interés personal de los agentes financieros de la victoria en las urnas.

Para muchos, las elecciones son un juego, y los políticos, las piezas, las financiaciones de campaña y las apuestas sobre la mesa. Cuanto mayor sea el riesgo, mayor será el beneficio.

Por lo tanto, un desafío actual y permanente en las democracias es la ecuación de la financiación del proceso electoral, para que el poder económico o político no comprometa la fluidez en las elecciones, ni la conciencia política y tampoco la soberanía popular.

Lo que sucede, lamentablemente, es que las cúpulas de los poderes suelen actuar de forma concertada, promulgando leyes ineficaces, con el pretexto

de penar los abusos del poder económico y político, así como reducir las prerrogativas de las instituciones del control de cuentas, de la Policía, del Ministerio Público y del propio Poder Judicial, motivo por el que la sociedad debe estar vigilante y exigir la aplicación de los instrumentos legislativos eficaces y de un aparato institucional adecuado.

En Brasil, entre otros varios expedientes legislativos, la Ley Complementaria n° 64/90, que establece, de conformidad con el art. 14, § 9 de la Constitución Federal, los casos de no elegibilidad, los plazos de cese, a la vez que determina otras medidas, pero ha resultado ineficaz y, de este modo, no ha sido capaz de producir los resultados esperados para la sociedad y tampoco ha podido contribuir a la reducción de los abusos cometidos durante las elecciones⁵⁶..

2.8. Corrupción y división de los poderes

La división de poderes que presentaron Locke y Montesquieu fue y es, sin duda, una característica clave del modelo de Estado. No obstante, este principio se ha venido consolidando, con significativos avances, reflejo de la evolución del Estado liberal hacia el Estado social.

El barón de Montesquieu ya afirmaba que aquél que tiene en sus manos el poder tiende siempre a abusar de él, a menos que encuentre algún límite, es decir, otro poder al que también le corresponda otra parcela de poder.

La concepción de Estado Democrático de Derecho es inseparable de la idea de control, interno o externo, y de instituciones y mecanismos hábiles para garantizar la sujeción a la ley y a los intereses de la colectividad.

⁵⁶ Hay una gran expectativa de la nación brasileña con la aprobación del denominada "Ley de la Ficha Limpia", de iniciativa popular - Ley Complementaria No. 135/2010 (declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia), la cual, entre otras medidas impide el registro de los candidatos que tuvieran sus cuentas de gobierno en examen por los Tribunales de Cuentas o hubieran sido condenados por delitos o actos administrativos de malversación, incluso sin cosa juzgada, pero con acuerdo emitido por colegiado. Las estimaciones indican que aproximadamente 28.000 (veintiocho mil) políticos no podrían participar en las elecciones parciales en Brasil, sólo en 2012.

Hay quien sostiene que el poder es uno solo y, en una democracia, emana del pueblo y se ejerce en su nombre. Esto es la espina dorsal del constitucionalismo moderno. Se dividen así las funciones del Estado en tres Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para una mejor prestación del servicio al que se destina.

El llamado sistema de controles y contrapesos (*Checks and balances*) controla que el propio poder no se exceda en sus funciones y que haya un control recíproco entre las diferentes funciones estatales, para que sea cada vez mayor la posibilidad de contención de las desviaciones de comportamiento de los mandatarios públicos.

La historia registra una constante correlación de fuerzas entre Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. El equilibrio de estas fuerzas es la que garantiza la solidez del Estado.

En una democracia, ninguna función estatal o conducta de agente público puede escapar a los ojos del control social, ejercido directamente o a través de su representante o instituciones acuñadas por el propio Estado para esta función y especializadas en esa tarea.

2.9. Corrupción y Deficiencias en la Organización Estatal

La administración pública está constituida por agentes que son ejemplares de la sociedad y sus conductas también se reflejan en esta misma sociedad, de forma positiva o negativa, de tal manera que de esta interacción deriva un carácter pedagógico que va imprimiendo cambios en el modo de ser de las personas.

Así, la corrupción, principalmente secundada por la impunidad, en los altos escalafones de los gobiernos, actúa como un factor estimulante de la corrupción para los que ocupan una posición inferior.

Hay varios factores que alimentan la corrupción, que son:

- 1- decisiones arbitrarias;
- 2- reclutamiento de cargos comisionados sin respetar los criterios de mérito;
- 3- corporativismo;
- 4- Impunidad
- 5- ineficiencia de los mecanismos de represión;
- 6- tolerancia, de la sociedad y de los órganos de control;
- 7- trato de favor a los correligionarios políticos, las concesiones o los permisos de los servicios públicos sin observar los criterios técnicos y objetivos que aseguren la igualdad de oportunidades para las partes implicadas.

La lucha contra la corrupción no es una tarea fácil. Se insiste en que es una tarea que corresponde tanto al Estado como a toda la sociedad. Si no fuese así, bastaría transponer las leyes de países con elevados índices de desarrollo humano y trasplantar sus modelos de control.

Por el contrario, las leyes y los organismos estatales de control deben corresponder a la realidad socio-cultural de un determinado pueblo, bajo pena de no pasar de un plano formal a un plano real, es decir, no tendrían efectividad.

La efectividad de las herramientas o instrumentos de control reside en su adecuación.

El deber-ser expresado por el imperativo-hipotético contenido en las leyes debe atender al posible-ser, porque sino se vacía de contenido el mandato normativo. Las instituciones a las que corresponden ejercer el control no pueden

ser órganos incapaces de dar respuestas concretas y rápidas a las demandas procedentes del inconformismo de la sociedad.

En ese sentido, Malen Seña, citado por García y Alves,⁵⁷ afirma:

Aquéllos que violan la ley son protegidos y aquéllos que tornan públicos tales comportamientos son degradados y sometidos a represalias. De este modo, los que no condescienden con las prácticas venales son intimidados y obligados a guardar silencio. En este contexto, todos son conocedores de las prácticas corruptas y la administración pública se convierte en una herramienta más para el beneficio no del interés general como se podría esperar, sino de los que participan de la red de corrupción.

Vemos, por lo tanto que, si la sociedad no consigue percibir la fuerza del propio Estado en la lucha contra la corrupción, se transmite un peligroso mensaje de impunidad. Sin duda esto es un estímulo que engrasa la correa de transmisión del proceso de la corrupción.

2.10. Corrupción, globalización, publicidad y prensa

La globalización de la economía y de la tecnología es una tendencia irreversible del modelo de Estado dominador e imperialista, de ideología neoliberal, pero puede resultar logros en el plano político, si es capaz de extender sus tentáculos a los derechos fundamentales, especialmente los de facción social y política.

Para una mejor comprensión del tema, es bueno revisar la teoría de los derechos fundamentas para subrayar, preliminarmente, que era apuntada la existencia de sólo tres generaciones en la evolución de tales derechos, que corresponderían a los valores concebidos en el lema de la revolución francesa del siglo XVIII, es decir, libertad, igualdad y fraternidad, correspondiendo respectivamente: los derechos de libertad, a los civiles y políticos, que reposan en la idea de oposición entre individuo y Estado, residiendo ahí el dilema del Estado

⁵⁷ GARCÍA e ALVES, en *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos*, cit., ibidem.

liberal e individualista de la época; los derechos de igualdad, a los sociales, culturales y económicos, propósito del soñado Estado social; y los de fraternidad (o solidaridad), a los derechos al medio ambiente saludable y a la paz, destinados a la protección del género humano.

Parece no haber acuerdo entre los estudiosos acerca de la correlación existente entre derechos y generaciones. En este sentido, apunta Gomes Canotilho⁵⁸, que los derechos de tercera generación son, a veces, llamados derechos de cuarta generación:

La primera sería la de los derechos de libertad, los derechos de las revoluciones francesas y americanas; la segunda sería la de los derechos democráticos de participación política; la tercera sería la de los derechos sociales y de los trabajadores; la cuarta, la de los derechos de los pueblos.

A su vez, el Profesor Bonavides⁵⁹ va más allá y así se refiere a la cuarta dimensión en las transformaciones históricas de los derechos fundamentales, al apuntar que:

La globalización política en la esfera de la normatividad jurídica introduce los derechos de cuarta generación, que, además, corresponden a la última fase de institucionalización del Estado social. Son derechos de **cuarta generación** el derecho a la **democracia**, el derecho a la **información** y el derecho al **pluralismo**. De ellos depende la concreción de la sociedad abierta del futuro, en su dimensión de máxima universalidad, para la cual parece el mundo inclinarse en el plan de todas las relaciones de convivencia. (La negrita es nuestra)

La democracia es aceptada universalmente como el mejor régimen y abre el abanico de los llamados derechos de cuarta generación o dimensión, junto con el derecho a la información y al pluralismo político, puesto que incompatible con la ausencia de éstos.

⁵⁸ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª., ed.Coimbra.1998, p.525.

⁵⁹ BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*. 26ª., ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.524-525.

El nivel de democracia de un país se pone de manifiesto en cuanto mayores sean los mecanismos de control y de transparencia⁶⁰. De ahí que la doctrina anteriormente citada inserte la democracia, la transparencia y el pluralismo entre aquellos elementos imprescindibles para cimentar el conjunto de los derechos sociales agregados culturalmente en la historia del desarrollo del hombre y de las instituciones.

Ello nos lleva a plantearnos el preocupante interrogante de por qué la corrupción es más acentuada en los países más pobres y más ignorantes.

La cuestión de la desigualdad ha sido objeto de inquietud para grandes pensadores. Así, Rousseau sostenía que “una sociedad sólo es democrática cuando nadie sea tan rico que pueda comprar a otro y nadie sea tan pobre que tenga que venderse a alguien”.

El aspecto cultural juega un importante papel en la medida en que se constata que un pueblo ignorante no es capaz de rebelarse contra el agente público corrupto. “Es preciso educar al pueblo. Educado, hará de su voto y de su poder de manifestación organizada la medicina más eficaz contra la corrupción”⁶¹. Por ello,

⁶⁰ Un ejemplo reciente lo podemos encontrar en el *Anteproyecto de Ley de transparencia, Información Pública y Código de buen gobierno español*, actualmente en fase de discusión parlamentaria. En el capítulo de Transparencia de la actividad pública, el Anteproyecto de ley, implica la obligación por parte de las tres administraciones - central autonómica y local - a crear un portal de transparencia donde se volcará información económica y financiera - que ya existe pero se profundiza y mejora-; información jurídica de normas pendientes de aprobación; e información de tipo organizativo y de objetivos de las políticas y los programas. Además, se establece el procedimiento por el cual un ciudadano puede hacer una petición de información: lo hará ante el órgano administrativo correspondiente, especificando la información que se solicita. Con una novedad, “la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud”, hasta ahora la petición tenía que estar motivada. Se crearán unidades especializadas para recabar y difundir la información; realizar los trámites; un registro de solicitudes de acceso; y la información será gratuita, con la excepción del cambio de soporte original. De acuerdo al anteproyecto, hay unas excepciones: el derecho de acceso podrá ser restringido cuando afecte a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. En Brasil, en el próximo 18.05.2012, entrará en vigor la ley no. 12.527 /2011, que regula el derecho a la información y tiene como directrices: el cumplimiento de publicidad como precepto general y el secreto bancario como excepción, la difusión de información de interés público. Independientemente de solicitudes; utilización de los medios de comunicación hecha posible por la tecnología de información; fomento al desarrollo de la cultura de la transparencia en la administración pública; el desarrollo del control social de la administración pública.

⁶¹ FREYESLEBEN, M. L. Chila. “A improbidade administrativa: comentário à Lei n.8429, de 2 de junho de 1992”, *Revista Atlas*, n.17,1994, edição especial. Apud BITENCOURT DA COSTA,

se debe erradicar la ignorancia, la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales para la satisfacción de objetivos fundamentales de una nación que pretende ser democrática y garantista de derechos civiles, políticos y sociales de todas las generaciones.

Hay una serie de otros ingredientes que nutren la desgracia de la corrupción porque, además de la influencia de las raíces económicas, culturales, Estado débil e impunidad, se suman otros factores como ausencia de prensa libre e independiente y falta de **transparencia** en los actos gubernamentales, todo lo cual contribuye significativamente a que la corrupción se desarrolle en las naciones pobres o en gobiernos regidos por tiranos. Ataliba sostiene que si “si fuera yo quien pudiera decidir si deberíamos tener un gobierno sin prensa o una prensa sin gobiernos, no dudaría en decantarme por este último. Pero insistiría en que todo hombre recibiera prensa y que supiera leer (...)”⁶².

Por esta razón, actualmente hay una preocupación global por los derechos fundamentales entre quienes tienen una posición relevante el derecho fundamental a la transparencia y a la información. Benavides subraya que “La declaración Universal de los Derechos del Hombre es el estatuto de la libertad de todos los pueblos, la Constitución de las Naciones Unidas, la Carta Magna de las minorías oprimidas, el código de las nacionalidades, la esperanza, en fin, de promover sin distinción de raza, sexo y religión, el respeto a la dignidad del ser humano.”⁶³

Y el derecho a la información presupone una prensa libre de las amarras del capital y del poder, comprometida únicamente con las aspiraciones populares, es decir, que no sea prisionera ni del gobierno, ni del poder económico, para que pueda expresar con autonomía e independencia sus ideas y pensamientos.

Marcia, “Corrupção, Improbidade Administrativa e Tribunal de Contas da União”. En *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*, p.125, www.tcu.br.

⁶² ATALIBA, G., *República e Constituição*, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Vid., BITENCOURT DA COSTA, Marcia, “Corrupção, Improbidade Administrativa e Tribunal de Contas da União”, cit.

⁶³ BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.531.

Cabe resaltar también que, en este contexto de globalización política, de información y de transparencia hay entidades no gubernamentales que trabajan activamente en la lucha anticorrupción. Ejemplos de estas organizaciones son la ONU, la Transparencia de Brasil, la Organización de los Estados Americanos – OEA-, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-, la Transparencia Internacional para América Latina y el Caribe (Argentina) -TI-LAC-, *The Center for Public Integrity* (Washington, USA), *Americas Accountability Anti-corruption Project* (Arlington, USA) y *Transparency International* (Berlin, Alemania), ONG alemana fundada por ex-ejecutivos del Banco Mundial que estudia el problema y cataloga los índices de los actores y la intensidad del acto, índice de percepción de la corrupción, índices de pagos de soborno y barómetro global de la corrupción⁶⁴.

Destacamos, además, que hay fundadas críticas⁶⁵ con respecto a los métodos utilizados por la citada organización no gubernamental *Transparency International*, principalmente ante el hecho de adoptar como objetivo principal el comercio internacional y no directamente el progreso de la sociedad. Sin embargo, es una institución formada por gente de buena fe que no se queda de brazos cruzados y contribuye para que la sociedad luche contra el problema de la corrupción, en lugar de permanecer alienada y omisa.

2.11. Corrupción y Privatización

El modelo de Estado implantado en las constituciones del post-guerra es de carácter social, es decir, un Estado intervencionista y promotor del bienestar social. Por este motivo, esta concepción diverge totalmente del modelo de Estado liberal o neoliberal,

⁶⁴ Sobre las dificultades de la medición de la corrupción, *vid.*, VILORIA, M., y JIMÉNEZ, F., “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción (2004-2011)”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº15, abril-junio, Madrid, 2012.

⁶⁵ BALLOUK FILHO e KUNTZ, *Corrupção Política: a luta social pelo resgate da dignidade do exercício do poder*. São Paulo, Madras, 2008, p.31.

La experiencia reciente registrada en los Estados Unidos de América, representada por la quiebra de elementos representativos del capitalismo, como el *LEMOND BROTHERS BANK*, que desencadenó un efecto dominó en las diversas economías mundiales, mostró que la mano invisible de los mercados no es capaz de garantizar solidez, ni en la economía, ni en la política y mucho menos en las relaciones sociales.

El Estado debe cuidar de hacer efectivos los más elevados valores humanos y, para ello, debe tener una estructura mínima para poder intervenir directamente en el sistema económico, bien directamente o como agente regulador de actividades de terceros.

El problema al que se enfrenta el Estado cuando se aventura a operar directamente en los mercados es el apego a la legalidad y a la moralidad, además de otros muchos principios norteadores de la actuación administrativa que le son peculiares, de lo que deriva cierta burocracia que hace que los actos negociales no tengan la fluidez característica de los actos de la iniciativa privada, por naturaleza más rápidos y dinámicos.

Si el Estado, actuando como agente económico, intenta dar celeridad a las medidas necesarias para acompañar los cambios exigidos por la rapidez de los mercados, romperá los vínculos con los principios informadores de la administración pública, especialmente los de la legalidad y moralidad. Esto podría inducir a la corrupción o, al menos, fomentaría un terreno fértil para que la misma prosperase.

En este sentido, como destaca Garcia y Alves⁶⁶, el estímulo a la iniciativa privada es una importante medida de lucha contra la corrupción. Sin embargo, anotan los citados autores, a veces será imperativa la "intervención del Estado en el dominio económico, lo que preservará la igualdad de oportunidades y reducirá la posibilidad de dominio de los mercados."

⁶⁶ ALVES GARCIA, E.; PACHECO, R., *Improbidade administrativa*, cit., p.16.

2.12. Corrupción y Responsabilidad del Agente Público

El individuo, en el ejercicio del *munus* público, debe velar por la observancia de los principios que rigen la administración pública que son: legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, siempre con el objetivo del servicio al interés público y la realización de la justicia social. Modernamente, como más adelante veremos, los súbditos tienen derecho subjetivo a una buena administración pública, que sea capaz de atender a las expectativas mínimas de los ciudadanos, ante los arduos tributos que la colectividad tiene que soportar, para el funcionamiento de la máquina estatal.

De esta forma, las desviaciones de conducta someten a los agentes públicos a responsabilidades en las diversas esferas tales como: administrativa, política, penal, civil y moral ⁶⁷.

El gran desafío es la prevención de la corrupción y, a la vez, siendo la persecución inevitable, surge otro desafío, como es el del castigo del culpable y el resarcimiento del daño al erario. El mayor desafío, sin embargo, es el castigo de los ‘peces gordos’.

Se tiene la triste constatación de que cuanto mayor sea el nivel jerárquico del agente o el nivel económico del infractor, más remota es la posibilidad de castigo, puesto que, con más prestigio y más recursos financieros, acompañado de grandes aliados políticos, habilidosos abogados y buenos periodistas venales, es difícil la declaración de culpable.

Cuestión tormentosa es saber si la denuncia anónima debe ser tomada en consideración y tramitada. Se sabe que el anonimato actúa como factor de desestabilización social. En el caso de la prensa, al periodista se le garantiza la libertad de expresión y el secreto de la fuente. Pero tampoco resulta razonable que se archive una denuncia, sólo por el hecho de que sea anónima, siempre que la misma venga acompañada de elementos probatorios dirigidos a preparar el órgano

⁶⁷ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., *La dimensión ética*. Madrid, Dykinson, 2000, espec. pp. 347-388.

de control, que tendría atribución para tramitar *ex officio*, fruto de una información periodística.

Dado que la corrupción involucra a poderosos, hay que cuidar el secreto de la identidad del informador, de aquél que actúa de buena fe y que no desea o tiene miedo de exponerse, a fin de evitar represalias futuras que comprometan la defensa del agente informador.

2.13. Corrupción y fraude en la Administración

La Corrupción y el fraude administrativo tienen una relación conceptual de especie y género y, por lo tanto, no son equivalentes.

El fraude es más amplio y cuenta con los elementos del tipo corrupción. Toda corrupción es fraude, pero no todo fraude es corrupción.

En efecto, la simple ofensa a cualquiera de los principios de la Administración pública, que son, reiterando, legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia (aunque no haya daño directo al patrimonio colectivo, bastando que viole los deberes de honestidad, imparcialidad, legalidad y lealtad, se puede configurar, según la ley brasileña - ley nº 8429/92, artículo 11-), una conducta fraudulenta, a la vez que la corrupción exige, al menos, el concurso de dos elementos, invariablemente presentes, la desviación de poder/función y el enriquecimiento ilícito.

Por ejemplo: la violación de un secreto de Estado, aunque no genere un daño cuantificable, configura un acto de fraude, incluso cuando no pueda ser catalogada como corrupción en el sentido estricto adoptado por el Banco Mundial, puesto que, aunque haya habido abuso de poder, no produjo ningún provecho personal ilegítimo al empleado público.

2.14. Dosimetría de las Sanciones y Perspectivas de Efectividad

No hay norma sin sanción, sin coerción, dado que ésta es en su esencia, tanto como la bilateralidad.

La impunidad, aliada a la inadecuación de sanciones, es uno de los mayores incentivos a la corrupción. La certeza o incluso, la gran probabilidad de ser descubierto, arrestado, juzgado y condenado, actúa, indudablemente, como elemento pedagógico e inhibidor de la práctica de los actos de corrupción para toda la sociedad. Por ello, en algunos países, el agente corrupto, cuando es cogido *in fraganti*, prefiere el suicidio.

Las sanciones que demuestran tener mayor eficacia, mucho más que las privativas de libertad, son: la pérdida de la función pública, la anulación o suspensión de los derechos políticos y la condena en dinero. Hay quien sostiene que la diferencia básica entre los países no es la existencia de la corrupción, sino la forma de castigarla.

2.15. Corrupción e Interés Privado

Considerando sus efectos sobre el tejido social y siguiendo la sistemática adoptada en la teoría penal, podemos subdividir la corrupción en pequeña, media y de gran potencial ofensivo.

La corrupción pequeña generalmente es tolerada, lo que constituye una gran equivocación. De este modo, la distribución de regalos, obsequios y cortesías hasta un cierto valor es aceptado como normal, insignificante e inconsecuente.

Ya para la corrupción como medio potencial ofensivo, tales como pago de gastos, viajes gratuitos y hospitalidad, en algunas culturas ya se defiende la sanción del acto, mientras que la mayoría de la población asume, lamentablemente, una posición ambigua.

La corrupción que preocupa a todos es la representada por la malversación de fondos; pagos de grandes sumas de dinero (sobornos) para obtener contratos con el gobierno y renuncia de actuaciones, para evitar inspecciones burocráticas de rutina; y pagos de propina para aprobación de proyectos de legalidad controvertida, además de la corrupción vinculada al contrabando de mercancías y al tráfico de narcóticos.

Sea como fuere, cualquier grado de corrupción corroe la confianza en las instituciones y en el Estado, que tiene el deber pedagógico y educativo de poner límites a las pequeñas malversaciones para evitar que asuman proporciones incontrolables.

Desde el punto de vista contable, los costes de la corrupción representan una adicional indeseada relativa al producto o servicio, que va a ser pagada por la sociedad. Es evidente que para los agentes económicos todo se transfiere a la ejecución de los contratos con la Administración pública y a los agentes políticos y todos los gastos con la financiación de campañas electorales serán devueltos, con intereses, a través de beneficios económicos directos o indirectos para las alianzas políticas ganadoras.

2.16. Ranking de la Corrupción

La organización no gubernamental denominada Transparencia Internacional (TI) divulga anualmente, entre otros informes, el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI), donde tabula, por orden de clasificación, los 182 (ciento ochenta dos) países investigados, y gradúa desde lo menos hasta lo más corrupto, atribuyendo anotaciones de cero a diez. Transcribiremos seguidamente algunos datos que consideramos relevantes para este trabajo de investigación.

Antes, sin embargo, conviene subrayar que hay fundadas restricciones con respecto a la metodología utilizada por la TI, que, tal y como ella misma informa, *“El CPI de Transparency Internacional mide los niveles de*

percepción de corrupción en el sector público en un país determinado y consiste en un índice compuesto que se basa en diversas encuestas a expertos y empresas”, razón por la cual las principales críticas se ponen de manifiesto seguidamente:

1. Se trata de encuestas llevadas a cabo por institutos y Universidades, a ejecutivos y formadores de opinión relacionados con los sectores donde la práctica de la corrupción es más común. Por tanto, no considera la opinión del ciudadano común, ni del pequeño empresario, que representa la gran mayoría de la nación, ni tampoco las eventuales desinformaciones de los encuestados en cuanto a hechos y finalmente no contempla las prácticas de corrupción que derivan de un elevado nivel técnico de sofisticación;

2. La corrupción no se mide en tiempo real, es decir, cuando se produce. En efecto, la percepción del fenómeno refleja una situación pasada y, por supuesto, que salió a la luz debido a un efectivo enfrentamiento del problema ante la alternancia de poder (por ejemplo), lo que es saludable y deseable, pero que tiene un impacto negativo en el indicador;

3. El objetivo del CIP es apoyar el comercio internacional y no a la sociedad, de ahí el por qué no se mide la calidad de la democracia, el nivel de impunidad y la tolerancia de los corruptos, la calidad ética y moral de las personas, la fragilidad del ordenamiento jurídico, las crisis momentáneas o circunstanciales que afectan al país, como, por ejemplo, terremotos, guerras, atentados, etc.

Sin embargo, es un indicador que se presta a las comparaciones de los países e indica, a los inversores, a la comunidad internacional, a los organismos de cooperación y ayuda para los propios países, la situación relativa en el medio plazo, la necesidad de adoptar mecanismos internos de mejoras en la lucha contra la corrupción.

Se observa que el país más corrupto del mundo es Somalia, estando España en una situación razonable, mucho mejor que Italia, pero inferior a países como Francia y Alemania.

Brasil, a su vez, está en un término medio, próximo a Italia, pero se presenta una ligera evolución, estando en una posición más favorable que Colombia, Argentina y Venezuela (desde luego), en la tabla presentada.

Seguidamente presentamos las tablas de los últimos tres años con datos de algunos países⁶⁸:

	2009		2010		2011	
<i>País</i>	<i>Escore</i>	<i>Rank</i>	<i>Escore</i>	<i>Rank</i>	<i>Escore</i>	<i>Rank</i>
Nueva Zelanda	9,4	1	9,3	1	9,5	1
Dinamarca	9,3	2	9,3	1	9,4	2
Finlandia	8,9	6	9,2	4	9,4	2
Singapur	9,2	3	9,3	1	9,2	5
Alemania	8	14	7,9	15	8	14
Reino Unido	7,7	17	7,6	20	7,8	16
Estados Unidos	7,5	19	7,1	22	7,1	24
Francia	6,9	24	6,8	25	7	25
España	6,1	32	6,1	30	6,2	31
Portugal	5,8	35	6	32	6,1	32
Cuba	4,4	61	3,7	69	4,2	61
Italia	4,3	63	3,9	67	3,9	69
Brasil	3,7	75	3,7	69	3,8	73
Colombia	3,7	75	3,5	78	3,4	80
Argentina	2,9	106	2,9	105	3	100
Venezuela	1,9	162	2	164	1,9	172
Somalia	1,1	180	1,1	178	1	182

⁶⁸ Fuente: [www.transparency international.org](http://www.transparencyinternational.org), (acceso el 04/2012).

CAPÍTULO III

ALGUNOS CASOS DE CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ACTUACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL

3.1. “Caso *Mensalão* del Partido de los Trabajadores” -Compra de votos de la base parlamentaria de apoyo al Presidente de la República de Brasil- de 2002 a 2006

El Poder Legislativo, tal vez por ser la columna vertebral de la democracia y lo más transparente, nos da ejemplos abundantes de corrupción, en Brasil, en España, en Reino Unido o en cualquier país del mundo, donde haya prensa libre. El caso más emblemático en la República brasileña fue el llamado “mensalão”, en 2005, según se dio a conocer e hizo famoso el esquema de compra de votos de parlamentarios, desencadenado durante el primer mandato del gobierno de Luí Inácio Lula Da Silva (PT – Partido de los Trabajadores).

Se creó una Comisión Parlamentaria de Investigación - ⁶⁹ CPI-, en la Cámara de los Diputados para investigar las denuncias, según las cuales los diputados de base del PT recibían una "asignación" (mensual) de R\$ 20 mil dólares para votar de acuerdo con las orientaciones del gobierno. Estos parlamentarios, los 'mensaleiros' serían del PL (Partido Liberal), PP (Partido Progresista), PMDB (Partido del Movimiento Democrático Brasileño) y del propio PTB (Partido Laboral Brasileño).

Un núcleo sería responsable de la compra de votos y soborno a través de cargos en las empresas públicas. José Dirceu, Ministro de la Casa Civil en la época, fue nombrado como jefe del esquema. Delúbio Soares, tesorero del PT, era quien efectuaba el pago a los 'mensaleiros'. Con dinero en mano, el grupo también habría pagado las deudas de las campañas del PT y los gastos de las campañas electorales.

⁶⁹ Sobre el tema del CPI, más adelante, punto 6.1.1, trataremos esta importante forma de control del Poder Legislativo.

Quedaron apartados las siguientes autoridades, del Poder Ejecutivo: 04 (cuatro) Ministros de Estado: José Dirceu, Luiz Gushiken, Anderson Adauto, Antonio Palocci; y, del Poder Legislativo, destituidos 02 (dos) diputados federales: Roberto Jefferson y João Paulo Cunha (Presidente de la cámara de diputados).

Cabe destacar que el juicio político fue muy rápido. Sin embargo, es lamentable que el proceso judicial, rodeado de todas las garantías constitucionales de proceso contradictorio y de la amplia defensa, haya sido largo porque, después de más de 07 (siete) años desde que se produjeron los hechos, aún no ha habido un pronunciamiento definitivo de la justicia. El resultado, hasta ahora, ha sido el siguiente: después de 02 (dos) años, el STF (Supremo Tribunal Federal) admitió denuncia de la Fiscalía e inició un proceso contra cuarenta involucrados en el escándalo del "Mensalão", donde la mayoría responderá por el delito de corrupción activa y pasiva, formación de asociación para delinquir, blanqueo de capital, entre otros. El proceso está debidamente instruido y en fase de conclusión por parte del Ministro relator, después irá el revisor y todavía no hay fecha establecida para la celebración del juicio. Hay cierto temor a que, utilizando ardides procesales, la prescripción penal acabe con todo.

En el caso en cuestión actuaron y actúan sobre el control de la corrupción, el Poder Legislativo, a través de la Comisión parlamentaria de investigación (*Comissão Parlamentar de Inquérito*), promovida por la prensa. Posteriormente, los Fiscales y el Poder Judicial, habiéndose demostrado más eficaz sólo la sanción sociopolítica, puesto que el Estado no fue resarcido, nadie cumplió pena y muchos involucrados ya están de vuelta en el escenario político ocupando importantes cargos electivos, como es el caso del ex ministro Antonio Palocci y el diputado destituido João Paulo Cunha, actualmente elegido por el pueblo.

3.2. “Caso *Mensalão* del Partido Demócrata (DEM)” - Prisión de Gobernador de Distrito Federal y cese de mandato (Brasil)

Otro caso digno de destacar fue el cese del gobernador del Distrito Federal José Roberto Arruda, en el año 2010⁷⁰, capturado cuando recibía fajos de dinero relativo al pago de sobornos en el Gobierno del DF, habiendo sido divulgadas por televisión imágenes de gran impacto en la opinión pública, fruto de la investigación llevada a cabo por la Policía Federal. Este dinero también se destinaría a la compra de votos de apoyo parlamentario, por lo que fue también conocido como "mensalão del DEM"⁷¹.

Cabe destacar el hecho de que el citado político, en otra ocasión, en 2001, cuando era Senador de la República, también fue cogido cometiendo fraude en el sistema de votación⁷².

Ante la noticia de que el gobernador estaría cometiendo un delito de coacción a los testigos⁷³, el Fiscal pidió al Superior Tribunal de Justicia (STJ) que decretase la prisión preventiva del Gobernador, dando lugar a su *impeachment* ante el Poder Legislativo del Distrito.

Después de este hecho, el partido demócrata al que pertenecía, el DEM, instauró un procedimiento interno que culminó con la expulsión del gobernador. El Partido, sin embargo, no reivindicó el cargo en la Justicia Electoral en el plazo de 30 (treinta) días, según dicta una resolución del Tribunal Superior Electoral (TSE) y todo hubiera quedado en nada, si no fuera por la pronta acción presentada por el Fiscal, solicitando a la Justicia la destitución del jefe del

⁷⁰

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/02/11/interna_cidadesdf,173012/index.shtml

⁷¹ El escándalo de las mensualidades es el nombre dado a la crisis política sufrida por el gobierno brasileño en 2005. El término "mensalão" del DEM -sigla del partido demócrata-, popularizado por el diputado brasileño Roberto Jefferson en la entrevista que dio resonancia al escándalo, es el aumentativo de la palabra en ese idioma para "mensualidad", usada para referirse a un supuesto soborno pagado a varios diputados para que votaran a favor de los proyectos de interés del Poder Ejecutivo.

⁷²<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1420325-5601,00-ESCANDALO+NO+DF+MOSTRA+CONTRADICOES+DO+GOVERNADOR+ARRUDA.html>

⁷³<http://pps.jusbrasil.com.br/politica/4565374/justica-decreta-prisao-do-governador-arruda-e-de-mais-5-envolvidos-em-escandalo>

ejecutivo, en razón de la citada expulsión del partido que se produjo en medio de denuncias de corrupción en el gobierno del Distrito Federal.

El resultado fue que el Tribunal Regional Electoral del Distrito Federal (TRE-DF), por mayoría de votos (4x3) aprobó la solicitud de pérdida de mandato contra el gobernador apartado y detenido, por corrupción pasiva y otros delitos, José Roberto Arruda (sin partido, ex-DEM), al haberle expulsado del partido.

En este caso, actuaron en el control (preventivo y represivo de la corrupción), la Policía Federal, la Fiscalía, el Poder Judicial y el Poder Legislativo Distrectual. El Estado, sin embargo, aún no ha sido resarcido por el perjuicio sufrido y no ha habido ninguna confiscación de patrimonio ilícitos, siendo bastante remota esta posibilidad.

3.3. Jubilación del ministro del STJ y Desembargador Federal ⁷⁴

El Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) en 2010, decidió aplicar la máxima sanción administrativa (jubilación obligatoria) ⁷⁵ a un Ministro del Superior Tribunal de Justicia (Pablo Medina) y a un Desembargador del Tribunal Regional Federal (José Eduardo Carrera Alvim), después de una denuncia penal promovida por el fiscal junto con el Supremo Tribunal Federal (STF), por un supuesto esquema de venta de sentencias en favor de algunos involucrados con el

⁷⁴ En Brasil, el Tribunal Superior de Justicia (*Superior Tribunal de Justiça*), ubicado en el Distrito Federal, es el máximo órgano de uniformidad de la interpretación de la ley federal, lo que corresponde a un tercer grado de jurisdicción (Const Br., art. 105, II, 'c'), compuesto por 33 (treinta y tres) jueces llamados Ministros. El cargo de "desembargador" está atribuido al juez de segundo grado del Colegiado Tribunal Federal, situado en el Distrito Federal y en otras regiones.

⁷⁵ La jubilación obligatoria (remunerada) es la máxima sanción administrativa aplicable al Magistrado en Brasil, aunque exista la previsión legal de la pena de expulsión, que es la máxima pena judicial, de acuerdo con la Constitución brasileña (art. 95, I y la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional-Ley complementaria Nº 35/79, art. 42, V y VI). La sociedad, con razón, no comprende como para la mayoría de los funcionarios públicos la jubilación es un premio, un descanso merecido después de años de dedicación al trabajo y, en la práctica, para los magistrados es la sanción máxima. Parece una burla, un desdén. Será que el ejercicio de altos cargos en el Poder judicial es incluso un acto de civismo o algo más que no alcanzan a entender los perplejos ciudadanos.

juego ilegal. El primero responde por corrupción pasiva y prevaricación y el segundo por corrupción pasiva y asociación a para delinquir, implicando la liberación de 900 (novecientos) máquinas 'tragaperras' tomadas en Niterói, en Río de Janeiro, a cambio de sobornos, basado en la evidencia de una prueba de investigación realizada por el Supremo - fruto de la Operación de la Policía Federal en 2007-⁷⁶.

En este caso, actuaron en el control (preventivo y represivo de la corrupción), la Policía Federal, la Fiscalía y el Consejo Nacional de justicia. El Estado, sin embargo, aún no ha sido resarcido por el perjuicio sufrido y no ha habido ninguna confiscación de patrimonio ilícitos, siendo bastante remota esta posibilidad.

3.4. 'Caso Lalau' (Brasil)

El Poder Judicial brasileño tuvo su imagen manchada una vez más con el caso LALAU, implicando a un Juez del Trabajo, a un empresario y a un Senador de la República, además del Secretario-General de la Presidencia de la República, con estatus de Ministro del Estado entre otros. El caso involucró la sustracción de más de US\$ 500 (quinientos) millones de dólares, en valor actual, a fin de construir un edificio para albergar el Tribunal Regional del Trabajo de Sao Paulo. Lamentablemente, el Estado solo consiguió identificar a tres funcionarios públicos y recuperar cerca del 6% de lo que fue desviado ⁷⁷.

⁷⁶<http://www.conjur.com.br/2010-ago-04/cnj-quis-efeito-pedagogico-punir-paulo-medina-carreira-alvim>

⁷⁷ http://pt.wikipedia.org/wiki/Nicolau_dos_Santos_Neto "Lalau (Nicolau dos Santos Neto), o ex-senador Luís Estêvão y los propietarios del Incal fueron acusados de desviar grandes fondos de las arcas públicas. En 1995, el Ministerio del Tesoro ya había liberado 100 millones de dólares, pero de esta cantidad sólo la cuarta parte se había aplicado debidamente. En sólo un año (1996) 52 millones de dólares se destinaron a la 'construcción' de un edificio y, sin embargo, parece que ninguna autoridad se dio cuenta de las irregularidades. Lo más triste de todo es que el desvío de los fondos tal vez nunca hubiera llamado la atención de nadie si Nicolau no hubiera dado tantas señales de prosperidad o su ex yerno, Marco Aurélio Gil de Oliveira, no hubiera dado a conocer las extravagancias de que el ex suegro era un modelo perfecto. Además de haber comprado un magnífico apartamento en Miami, Nicolau daba propinas por ahí hasta 500 dólares y solía desfilarse en coches deportivos de lujo".

Actuaron en el presente caso el Poder Legislativo, a través de la llamada CPI del Poder Judicial con la cooperación de la Policía Federal, de la Fiscalía, del Tribunal de Cuentas de la Unión, además del Poder Judicial que terminó por condenar, en 2006, el ex presidente del TRT paulista a 26 años, seis meses y 20 días, en régimen cerrado, por los delitos de robo, extorsión, corrupción pasiva, estando actualmente cumpliendo arresto domiciliario. El Senador había sido destituido del Senado en 2000 por violación del decoro parlamentario y permanecerá inelegible hasta 2012 y condenado a 31 (treinta uno) años de prisión.

Más reciente, fue la sentencia de indemnización por el perjuicio causado al erario, que se produjo al final de 2011, justificando el bloqueo patrimonial decretado por años. La sentencia alcanzó a los demás participantes del escándalo de superfacturación de obra, los empresarios Fábio Monteiro de Barros Filho, José Eduardo Ferraz y Antônio Carlos da Gama e Silva.

Este caso, ejemplar, no debe olvidarse. La condena de los responsables de daños al erario, en las esferas civil, penal y administrativa, no repone la totalidad de los valores republicanos dañados, pero es un factor indispensable para la fiabilidad de las instituciones ⁷⁸.

3.5. Los grandes casos de corrupción en España

En algunos países, como por ejemplo México, la corrupción va ligada a la policía y al narcotráfico; sin embargo en España suele estar relacionada con los políticos (principalmente autonómicos) y su avaricia. Seguidamente citamos un breve listado con los principales casos de corrupción en España, quiénes están implicados en ellos y sus partidos políticos.

- **Caso Gürtel:** Probablemente el más famoso, pero no el más escandaloso. Se basa en la sobornación de políticos del PP a cambio de la adjudicación de contratos públicos. Su dirigente era Francisco Correa, y

⁷⁸ <http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=2569> 20 anos do 'Caso Lalau'

entre los implicados había miembros de ayuntamientos como Guillermo Ortega (Majadahonda), Arturo González Panero (Boadilla del Monte), Ginés López (Arganda del Rey) y Jesús Sepúlveda (Pozuelo de Alarcón), además del ex-consejero de Deportes de la Comunidad de Madrid, Alberto López Viejo. También llegó a Valencia, donde se produjo la principal parte de los sobornos, donde está implicado Francisco Camps y sus famosos trajes.

- **Palma Arena y Nóos:** Estos dos casos de corrupción se entremezclan en las Islas Baleares, donde miembros del PP como el ex-presidente de las Baleares Jaime Matas, Pepote Ballester, y Jorge Moisés. Éste es el caso más complejo y con más implicados, ya que solamente en la parte del Palma Arena hay veinte casos de corrupción, donde aparte del PP también afecta a *Unió* Mallorquina. También está implicado el suegro del monarca español, Iñaki Urdangarín.

- **Caso Campeón:** Ocurrido en Galicia, su principal implicado es José Blanco, del PSOE, que se reunió en una apartada gasolinera con el empresario Jorge Dorribo donde el ex-ministro recibió 400.000 € a cambio de subvenciones. Junto con la corrupción de Urdangarín, este es el caso más grave, porque estaba implicado un ministro.

- **Los ERE falsos:** Ocurrió en Andalucía, y están implicados todos los organismos autonómicos posibles del PSOE, y es sin duda alguna el mayor caso de corrupción, donde todos los días se desvelan estafas a los españoles de millones de Euros. Se cree que hay implicadas 1.569 personas, de ellos la mayoría miembros del PSOE. Unos de los principales implicados es Francisco Javier Guerrero, ex-director general de Empleo de la Junta de Andalucía y que era el responsable de que los 647.000.000 € desaparecidos.

CAPÍTULO IV

CONTROL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DE LA CORRUPCIÓN

4 Aspectos generales de los controles administrativo y político

4.1. Introducción

La adopción de medidas preventivas y represivas contra actos de corrupción, por parte del Estado, y el fortalecimiento de la participación de la sociedad, mediante la unión de esfuerzos, son fundamentales para el éxito en la lucha contra la corrupción. Efectivamente, la existencia y utilización correcta de mecanismos políticos, jurídicos y administrativos se muestran esenciales para el fortalecimiento de las instituciones en este proceso.

El control político, básicamente preventivo, se relaciona con las instituciones políticas con el objetivo de mantenerlas en armonía, evitando también un ambiente favorable a la corrupción.

Como sostiene la teoría de la separación de los poderes, desarrollada por Locke y Montesquieu⁷⁹, es necesario que exista un equilibrio, para evitar que

⁷⁹ La Teoría de la Separación de los Poderes (o la División Tripartita de los poderes del Estado) es la teoría de la ciencia política desarrollada por Montesquieu, en el libro *El Espíritu de las Leyes* (1748), que intentó moderar el Poder del Estado dividiéndolo en funciones, y dando competencias a los diferentes órganos de los poderes del Estado. Las ideas de Montesquieu partieron de las tesis lanzadas por John Locke, aunque implícitamente, aproximadamente cien años antes. La idea de la existencia de tres poderes, sin embargo, no era nueva, remontándose a *Aristóteles*, en la obra política. (Con respecto a la idea de los tres poderes de LOCKE, hacemos referencia al libro de JOHNSTON, Derek. *História concisa da filosofia: de Sócrates a Derrida*. Tradução: Rogério Bettoni. São Paulo, SP. Edições Rosari, 2008).

En el libro *El Espíritu de las Leyes*, Montesquieu, analiza las relaciones que las leyes tienen con la naturaleza y los principios de cada gobierno, desarrollando la teoría de gobierno que alimenta las ideas del constitucionalismo, que, en síntesis, intenta distribuir la autoridad por medios legales, de modo que se eviten el arbitrio y la violencia. Tales ideas se encaminan a la mejor definición de la separación de los poderes, hoy una de las piedras angulares del ejercicio del poder democrático. Montesquieu admiraba la Constitución inglesa, incluso sin comprenderla completamente, y describió cuidadosamente la separación de los poderes en Ejecutivo, Judicial y Legislativo, trabajo que influyó en los elaboradores de la Constitución de los Estados Unidos. El Ejecutivo sería ejercido por un rey, con derecho de veto sobre las decisiones del parlamento. El poder legislativo, convocado por el ejecutivo, debía ser separado en dos casas: el cuerpo de los comunes,

un poder crezca en detrimento del otro, de modo que efectivamente se tenga un “sistema de frenos y contrapesos” (*Checks and balancees*). Para Montesquieu, en “El espíritu de las Leyes”, un poder debe detener el otro y todos deben de actuar armónicamente.

Nos adherimos a R. Soriano cuando señala y explica los remedios para la aminoración de la corrupción política: la independencia y autonomía de los poderes públicos, la conciencia y práctica de la moral ciudadana, la asunción de responsabilidades políticas, la institucionalización de la moral pública por medio de la creación de órganos de supervisión y control en las instituciones públicas y los partidos y la limitación de la discrecionalidad administrativa⁸⁰.

A la luz de esta teoría, existen varios ejemplos de control político en las constituciones de Estados democráticos, como:

El jefe del Poder Ejecutivo puede, de forma fundamentada, vetar actos del Poder Legislativo, cuando le corresponda;

El Poder Legislativo tiene la prerrogativa de rechazar el veto, mediante un quórum específico de votación;

El Poder Judicial, además de sus tradicionales funciones, controla el Poder Ejecutivo y Legislativo a través de la declaración de constitucionalidad y legalidad de sus actos;

El Poder Ejecutivo nombra a los integrantes del Poder Judicial-Tribunales superiores.

compuesto por los representantes del pueblo, y el cuerpo de los nobles, formado por nobles, hereditario y con la facultad de impedir (vetar) las decisiones del cuerpo de los comunes. Estas dos casas tendrían asambleas y deliberaciones separadas, así como intereses y opiniones independientes. Reflexionando sobre el abuso del poder real, Montesquieu concluye que "solo el poder frena el poder", en el llamado "Sistema de Frenos y Contrapesos" (*Checks and balancees*), de ahí la necesidad de cada poder de mantenerse autónomo y constituido por personas y grupos diferentes. (http://es.wikipedia.org/wiki/Separación_de_poderes)

⁸⁰ SORIANO, R., “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº45, Igualdad y derecho antidiscriminatorio. Universidad de Granada, 2011, pp.382-402.

El Poder Legislativo controla el Poder Judicial, en el aspecto financiero y presupuestario.

El Control Administrativo, a su vez, tiene en mira las funciones administrativas propiamente dichas, no sólo de los órganos del Poder Ejecutivo, sino también de los demás Poderes, cuando ejerzan una función típicamente administrativa.

Son ejemplos de Control Administrativo: Fiscalización financiera del personal de la administración directa e indirecta, verificación de la legalidad o no de los actos administrativos.

Conviene siempre recordar que la ley, como expresión legítima de la voluntad popular, es la directriz máxima del mandatario público y de la realización de la justicia en su fundamento mayor.

Para el nostálgico jurista brasileño Seabra Fagundes, citado por Carvalho Filho⁸¹, administrar es aplicar la ley *ex officio*.

Hay buenas razones para admitir que la lucha contra la corrupción es una tarea hercúlea donde las instituciones, los órganos y los sistemas de control, tanto políticos como administrativos y jurídicos son importantes, pero no podemos olvidar que lo más eficiente, eficaz y efectivo medio de control de los actos políticos y administrativos es el control popular o social, dado que la apatía y la indiferencia del individuo con la cosa pública es incompatible con la ciudadanía y con la democracia.

Así, la Constitución y las leyes deben desarrollar y estimular formas de participación activa del ciudadano en las decisiones políticas, suministrando los instrumentos adecuados para la deliberación, la fiscalización y la corrección de las acciones estatales y de las propias instituciones creadas para ejercer el control, con el objetivo de garantizar la conformidad de actuación de los agentes públicos con los principios que le sirven de referencia en la búsqueda del bien común.

⁸¹ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p.776.

Una administración pública deseable y posible no es sólo la que observa el formalismo de los principios tradicionales, de la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, entre otros. Es, principalmente, una administración que sea capaz de evolucionar en la amplia realización de los derechos fundamentales de la persona humana (individuales, sociales y políticos), y que no se satisfaga, sólo, con la realización del “mínimo existencial”, a pesar incluso, de los altos tributos que la sociedad tiene que soportar, para el funcionamiento de la máquina estatal.

Y este resultado no puede lograrse sin la aplicación de lo que se denomina Estado Democrático de Derecho, ni éste puede subsistir sin una red de control operante y sin formas inteligentes de participación popular, tanto en el establecimiento de políticas públicas como de mecanismos de control social.

4.2. El Control en el plano internacional

La corrupción es un fenómeno universal, y también la lucha en contra de esta corrupción debe serlo. Donde hay sociedad hay corrupción, en mayor o menor grado, produciendo efectos nocivos⁸² manifiestamente reconocidos, que destruyen, sobretodo, las instituciones públicas y que se convierten, ante la ciudadanía, en un peligroso fermento capaz de hundir el régimen democrático, único capaz de remover las carencias de libertades y promover al hombre a la condición de verdadero ciudadano. Por tanto, hay una concienciación y un acuerdo global, al menos desde el punto de vista formal, de reducirla a niveles aceptables, ya que erradicarla es una tarea imposible, a menos que se elimine la raza humana.⁸³

⁸² (Véase el ítem 2.6, anterior).

⁸³ La historia demuestra y las estadísticas ratifican (V. *Ranking*, ítem 2.16, anterior) que incluso en los Estados democráticos definidos como maduros, con un fuerte trazo de transparencia en la gestión pública, amplia libertad de prensa y largo ejercicio de ciudadanía y virtudes cívicas etc., aún así se registran actos de corrupción, puesto que ésta parece ser inherente al género humano. Por ello, aunque deba perseguirse incesantemente su erradicación, no deja de ser una utopía.

Preocupada por esto, la comunidad internacional ha hecho un esfuerzo continuo para avanzar en la prevención y represión a los actos de corrupción, mediante una mutua cooperación e integración entre países, esfuerzo éste materializado en varias convenciones internacionales, entre las cuales cabe destacar:

1) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

Trata del tema, bajo el enfoque de cuatro tópicos especiales: medidas preventivas, criminalización y aplicación de la ley, cooperación internacional y recuperación de activos;

2) Convención de la Organización de los Estados Americanos (OEA):

También trata de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción, así como adoptar las acciones que aseguren la cooperación entre los países signatarios. Entre sus objetivos, está el de incentivar a los Estados-Partes para que adopten las medidas legislativas necesarias para garantizar la efectiva prevención y lucha contra la corrupción⁸⁴;

⁸⁴ La convención de la OEA contra la corrupción se dirige, sobre todo, a la adopción de medidas preventivas y represivas para actos de corrupción, al establecer, en el artículo II sus propósitos y, en el III, cuáles son las medidas preventivas, a saber:

“Propósitos

Los propósitos de la presente Convención son:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y
2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.
2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.

3) Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): Trata de las obligaciones de los gobiernos, de las empresas, de los contables públicos, de los abogados y de la sociedad civil de las naciones signatarias del Tratado al adoptar medidas de orden jurídico y administrativo en la lucha contra la corrupción.

No debemos olvidar que varios mandatarios subscriben estas convenciones para figurar como estadistas, evitar discriminación, represalias económicas y beneficiarse de las ayudas internacionales para sus países, pero no desarrollan los mecanismos internos necesarios para cimentar los propósitos y las medidas en sus ordenamientos internos, y tampoco movilizan a los ciudadanos a participar activamente en la construcción de una cultura anticorrupción y, lo más grave, la historia registra que muchos de estos jefes de gobierno casi siempre se enriquecen ilícitamente, a veces son acusados, pero casi nunca ingresan en prisión o resarcan al erario público.

Por tanto, se debe poner especial énfasis en las medidas preventivas.

-
3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.
 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.
 5. sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.
 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.
 7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.
 8. sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.
 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.
 10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.
 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.
 12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.”

4.3. Concepto y Alcance del Control de la Administración Pública

Control administrativo es el conjunto de mecanismos jurídicos y administrativos por medio de los cuales se ejerce el poder de fiscalización y de revisión de la actividad administrativa en cualquiera de las esferas de Poder.

Son elementos básicos del control la Fiscalización y la revisión.

Fiscalización es el poder de verificación que se hace sobre la actividad de los órganos y de los agentes administrativos y sobre la finalidad pública de los actos.

Revisión es el poder de corregir las conductas administrativas.

El control abarca toda actividad administrativa de todos los Poderes, puesto que se practican actos administrativos en todos ellos.

4.4. Objetivos del Control

1 - proteger los activos de errores e irregularidades (principalmente de la corrupción);

2 - obtención de informaciones correctas y seguras para el proceso de toma de decisiones;

3 – Conseguir recursos materiales y participación de las personas en las políticas de la organización;

4 – cumplir metas; y

5 – Promover la eficiencia y la eficacia de las operaciones mediante el uso racional de los recursos disponibles.

En resumen, en el caso de la administración pública, los objetivos de

control son los de cumplir con la ley y buscar el interés de la colectividad.

4.5. Naturaleza jurídica y clasificación

Control es el principio fundamental e indispensable de la Administración Pública, entre otros, que son: la planificación, la coordinación, la descentralización y la delegación de competencia.

1. En cuanto a la naturaleza del controlador:

Control Legislativo, judicial y administrativo;

2. En cuanto a la extensión:

Control interno (por subordinación) y externo (por vinculación);

3. En cuanto a la naturaleza del control:

Control de legalidad (el Poder Legislativo, el Poder Judicial y la Administración Pública pueden ejercerlo) y el control de mérito (verificación de la conveniencia y oportunidad, privativo de la Administración Pública);

4. En cuanto al ámbito de la Administración:

Control por subordinación (típicamente interno) y control por vinculación (típicamente externo);

5. En cuanto a la oportunidad:

Control previo, concomitante (preventivo y represivo) y posterior;

6. En cuanto a la iniciativa:

Control de Oficio (poder de autotutela) y provocado (desencadenado por terceros).

A. Control Administrativo

Es el control interno, ejercido por el Ejecutivo y por los órganos administrativos del Legislativo y del Poder Judicial, con el objetivo de confirmar, corregir o modificar el acto.

A.1. Medios de control o instrumentos jurídicos:

El primer medio de control es el que deriva de la supervisión del Ministro o Secretario de Estado competente.

Posteriormente se verifica la jerarquía orgánica, mediante la cual los agente de grado superior tienen el poder de fiscalización y revisión de menor grado. Es el caso, por ejemplo, donde el gobernador del Estado tiene el poder de supervisar las acciones de sus subordinados, revisar su actividad a fin de adaptarla a los fines administrativos, ya sea porque la misma es contraria a la norma, ya sea porque hay conveniencia y oportunidad de revisión.

En Brasil, cualquiera del pueblo, amparado en el derecho de petición, contemplado en el Art. 5º, XXXIV, "a", de la Constitución Federal (el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de los derechos o contra la ilegalidad o el abuso de poder), puede iniciar solicitud de revisión, quejas, súplicas, sugerencias y corrección de errores o abusos.

A.2. Otros instrumentos legales:

En Brasil se promulgó la Ley de Responsabilidad Fiscal – LRF-, que es la Ley Complementaria 101/2001, que pretende equilibrar las cuentas públicas y regular el art. 163, I y 169 de la CFB. El inciso V, del art.163 de la CFB, admite que la Ley Complementaria disponga sobre la "fiscalización financiera de la administración pública directa e indirecta.", teniendo mayor amplitud que la Ley de responsabilidad fiscal actual que versa sólo sobre la gestión fiscal.

A pesar de la ausencia en el ordenamiento jurídico brasileño de este instrumento legal, se observa que, a menudo, jefes del Poder Ejecutivo, además de atropellar la autonomía y la independencia de los otros Poderes, especialmente del Poder Judicial y de la Fiscalía, puesto que sólo es de su competencia fiscalizar su propia administración, actúan sin ningún respaldo en la Ley Complementaria que todavía está pendiente de publicación. Hay que respetar los principios constitucionales y fomentar la transparencia financiera porque, de lo contrario, se dará lugar a conductas objeto de interminables querellas jurídicas y políticas.

A.3. Recurso administrativo

Es la posibilidad de que eventuales interesados recurran contra ciertos actos de la administración pública. Se basa en tres fundamentos básicos: 1. Sistema de jerarquía orgánica; 2. Ejercicio del derecho de petición y 3. Garantía del principio contradictorio y de amplia defensa.

B. Control por el Poder Legislativo

Es la prerrogativa atribuida al Poder Legislativo, junto al poder de legislar, para fiscalizar la Administración Pública bajo los criterios político y financiero. Tal atribución es consecuente del Estado de Derecho democrático, en el cual, el pueblo, titular de la soberanía, tiene la prerrogativa de buscar, por sí o por sus representantes, como se está administrando la riqueza del país.

La fiscalización en el aspecto financiero, dado su carácter técnico, es ejercida por el Poder Legislativo, con la ayuda del Tribunal de Cuentas, como veremos más adelante.

B.1. Control Político

El Art. 49 de la Constitución Federal Brasileña apunta varios tipos de este control, entre los cuales cabe destacar:

1. Revisión de actos y contratos del Ejecutivo;
2. Convocatoria de Ministros y requerimientos de información; recepción de peticiones, quejas y representaciones de los administrados y convocatoria de cualquier autoridad o persona para declarar;
3. Comisiones parlamentarias de investigación – CPI-;
4. Autorizaciones o aprobaciones del Congreso necesarias para los actos concretos del Ejecutivo;
5. Poderes controladores privados del Senado;
6. Juicio de las cuentas del Ejecutivo;

7. Suspensión y destitución (impeachment) del Presidente o del Ministros;

De entre tales atribuciones de supervisión, vamos a prestar especial atención a las Comisiones Parlamentarias de investigación, que constituyen una buena muestra del ejercicio máximo de fiscalización y decisión por parte del poder

B.1.1. Comisiones Parlamentarias de Investigación –CPI-

La Comisión Parlamentaria de investigación (CPI), es el equivalente a la Comisión Investigadora Parlamentaria española. Es una institución constitucional propia de los parlamentos democráticos que apunta a la investigación y verificación de las denuncias con el fin de proteger los intereses de la sociedad, a través de la llamada “Investigación legislativa”. En este sentido, cuando se utiliza bien, puede convertirse en un importante instrumento de control, contra la lucha de la corrupción, tanto cuando se amedrenta y disuade al corrupto, como cuando se delimita la corrupción ⁸⁵.

No conviene que cualquier denuncia sea objeto de verificación por parte del CPI, dado que, para ello, el Estado ya dispone de órganos propios encargados, que son la policía judicial (regla general), y también otros, como los departamentos de inspectores tributarios, el Banco Central, la Comisión de Valores Mobiliarios y, de forma suplementaria, la propia Fiscalía, tal y como más adelante abordamos, en el apartado B.4.

⁸⁵ En Brasil, la actual Constitución de 1988 delimitó la portada del CPI en un párrafo (§3) del artículo que trata de las comisiones parlamentarias en general, de la siguiente forma: "las comisiones parlamentarias de investigación, que tendrán poderes de investigación propios de las autoridades judiciales, además de otros reglamentos de las respectivas Cámaras, serán creadas por la Cámara de los diputados y por el Senado Federal, en conjunto o por separado, a petición de un tercio de sus miembros, para la verificación del hecho determinado y por un plazo cierto, siendo sus conclusiones, si fuera el caso, encaminadas a la Fiscalía, para que promueva la responsabilidad civil o penal de los infractores". Esta disposición constitucional se encuentra en la Ley N° 1579, del 18 de marzo de 1952, debidamente recibida por la actual Carta y la reciente Ley N° 10.001, del 04 de septiembre de 2000.

Según la primacía de la separación de los poderes, debemos concluir que la materia que debe de investigar la CPI debería guardar correlación con las actividades del Parlamento, es decir, relacionarse lógicamente con las cuestiones sobre las cuales el Congreso tiene el poder de disponer.

En este sentido, podemos enumerar como motivo que justifica la apertura de este tipo de investigación, la búsqueda de las medidas correctivas para una mejora de la legislación, para una mejor asignación de los fondos, para la eficiencia de los gastos administrativos y para prevenir e impedir las malversaciones de los recursos públicos (corrupción).

Es preciso hacer hincapié en que, de ser corroborados los delitos, la Comisión debería remitir al órgano competente que podrá perseguir a los infractores indiciados, puesto que la misma no tiene poder de procesar ni de juzgar, función reservada esencialmente a la Fiscalía y al Poder Judicial.

Por lo que, a la luz de la legislación y de la jurisprudencia brasileña, podríamos destacar, en relación a la CPI, las siguientes características:

1) La proporcionalidad, a través de la cual debe haber una representación proporcional de los partidos que componen el Senado o la Cámara. Esto es consecuencia del hecho de que la Comisión actúa en nombre del Parlamento y que su composición debe representar, en la medida de lo posible, el apoyo popular existente;

2) Puede haber CPI de la cámara de diputados, del Senado o mixta. Lo que definirá la legitimidad de su introducción y competencia será en razón de la materia y de la convergencia de los intereses políticos;

3) El hecho que vaya a ser investigado tiene que estar determinado en el requerimiento de su instauración. La idea de "hecho determinado" excluye, por incompatibilidad absoluta, la posibilidad de la creación de la CPI para investigar un hecho genéricamente enunciado o indefinido. Es la condición general de

pertinencia, lo cual no quiere decir que los hechos relacionados con el principal objeto de la investigación legislativa no pueden ser investigados;

4) La Comisión tendrá poderes de investigación excepcionales correspondientes a las de las autoridades judiciales. En este sentido, puede notificar a personas, levantar el secreto bancario y fiscal, interrogar, realizar inspecciones, determinar el procesamiento de personas y otros;

5) La Comisión tendrá un 'período limitado'. El Estado de Derecho consagra los principios democráticos de la seguridad jurídica de duración razonable del proceso, la eficiencia y la justicia. Por lo tanto, la indeterminación de los plazos, especialmente, al estar en juego los derechos fundamentales y los intereses políticos, es del todo incompatible. El límite cronológico insuperable es, sin embargo, la legislatura del Parlamento que instituyó la Comisión parlamentaria Investigadora, dado que no tendría sentido que la legislatura deje al Congreso determinar lo que la siguiente debe hacer.

6) La CPI como expresión del derecho de las minorías. Con sólo un tercio de los miembros del Parlamento se puede instaurar la CPI. Así, resulta claro que se trata del derecho de oposición, legítimo y consiguiente del principio democrático.

Podemos concluir, por las razones anteriores, que el Estado Democrático de Derecho como ideal constitucional se expande sobre el uso responsable y eficaz de las investigaciones legislativas que, aunque sea un instrumento al servicio de las minorías parlamentarias, demuestra ser una rica fuente de legislación, de control sobre los órganos de la administración pública y de verificación y lucha contra la corrupción y, también, en la medida en que suministra datos y documentos a los representantes del pueblo, para una mejor elección de sus representantes, así como a los otros controladores, especialmente a la Fiscalía, a quien compete realizar el enjuiciamiento de los delincuentes y de los malversadores.

B.1.2. Delitos de Responsabilidad

El control de la corrupción plantea una línea de aproximación con los delitos de responsabilidad, especialmente los que violan la integridad de la administración, siendo pertinente su delimitación.

Los delitos de responsabilidad no son propiamente delitos, puesto que las sanciones no afectan a la libertad de ir, venir y permanecer. Así, es más correcto decir que son faltas político-administrativas, cometidas por determinadas autoridades en el ejercicio de sus funciones, a las cuales la ley impone sanciones de naturaleza política, generalmente pérdida del cargo público e inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un determinado plazo.

Se denominan delitos de responsabilidad del Presidente de la República, de acuerdo con la Constitución brasileña (art.85), los actos que atentan contra la Constitución, especialmente:

1. La existencia de la Unión ⁸⁶;
2. El Libre ejercicio del Poder Legislativo, del Poder Judicial, de la Fiscalía y de los Poderes constitucionales de las unidades de la Federación ⁸⁷;

⁸⁶ La ley Nº 1079, de 10 de abril de 1950, recibida por la actual Constitución define la tipificación, el proceso y el juicio de estos delitos. Así, define que son delitos contra la existencia de la Unión: 1- mantener, directa o indirectamente, relaciones con un Gobierno extranjero, provocándolo a hacer la guerra o a cometer hostilidad contra la República, prometerle asistencia o favor, o darle cualquier ayuda en los preparativos o planes de guerra contra la República; 2 - intentar, directamente y por hechos, someter a la Unión o a cualquiera de los Estados o Territorios a la dominación extranjera, o de ella separar cualquier Estado o parte del territorio nacional; 3 - cometer acto de hostilidad en contra de la nación extranjera, exponiendo la República al peligro de guerra, o comprometiéndola a la neutralidad; 4 - revelar negocios políticos o militares, que deban mantenerse en secreto por el bien de la defensa de la seguridad exterior o de los intereses de la nación; 5 - ayudar, de cualquier modo, a la nación enemiga a librar una guerra o a cometer hostilidad contra la República; 6 - celebrar tratados, convenciones o ajustes que comprometan la dignidad de la nación; 7 - violar la inmunidad de los embajadores o Ministros extranjeros acreditados en el país; 8 - declarar guerra, salvo en los casos de invasión o agresión extranjera, o hacer la paz, sin la autorización del Congreso Nacional. 9 - no emplear contra el enemigo, los medios de defensa que podría disponer; 10 - permitir al Presidente de la República, durante las sesiones legislativas y sin la autorización del Congreso Nacional, que fuerzas extranjeras transiten por el territorio del país, o, por motivo de guerra, permanezcan temporalmente en él; 11 - violar los tratados legítimamente estipulados con las Naciones extranjeras.

3. El ejercicio de los derechos políticos, individuales y sociales ⁸⁸;

4. La seguridad interna del País ⁸⁹;

5. La integridad de la administración ⁹⁰;

⁸⁷Son delitos de responsabilidad contra el libre ejercicio de los poderes legislativo y judicial y de los poderes constitucionales de los Estados: 1 - intentar disolver el Congreso Nacional, impedir la reunión o intentar impedir por cualquier modo el funcionamiento de cualquiera de sus Cámaras; 2 - usar violencia o amenaza contra algún de los representante de la Nación para alejarlo de la Cámara a la que pertenece o para coaccionarlo en cuanto al modo de ejercer su mandato así como lograr o intentar conseguir el mismo objetivo mediante soborno u otras formas de corrupción; 3 - violar las inmunidades concedidas a los miembros del Congreso Nacional, de las Asambleas Legislativas de los Estados, de la Cámara de los Consejeros de Distrito Federal y de las Cámaras Municipales; 4 - permitir que una fuerza extranjera transite por el territorio del país o permanezca en él cuando a ello se oponga el Congreso Nacional; 5 - oponerse directamente y por hechos al libre ejercicio del Poder Judicial, u obstar, por medios violentos, al efecto de sus actos, mandados o sentencias; 6 - usar violencia o amenaza, para obligar a jueces o jurados, a proferir o dejar de proferir orden, sentencia o voto, o a hacer o dejar de hacer acto de su oficio; 7 - practicar contra los poderes de los Estados o municipales acto definido como delito en este artículo; 8 - intervenir en negocios peculiares para los Estados o para los Municipios con desobediencia a las normas constitucionales.

⁸⁸ Son delitos de responsabilidad contra el libre ejercicio de los derechos políticos, individuales y sociales: 1 - impedir por violencia, amenaza o corrupción, el libre ejercicio del voto; 2 - impedir el libre ejercicio de las funciones de los secretarios electorales; 3 - violar el escrutinio de la sección electoral o llevar a la nulidad su resultado por la substracción, desviación o inutilización del respectivo material; 4 - utilizar el poder federal para impedir la libre ejecución de la ley electoral; 5 - servirse de las autoridades bajo su subordinación inmediata para practicar abuso de poder, o tolerar que estas autoridades lo practiquen sin su represión; 6 - subvertir o intentar subvertir por medios violentos el orden político y social; 7 - incitar a los militares a la desobediencia a la ley o infracción a la disciplina; 8 - provocar animosidad entre las clases armadas o en contra de ellas, o de ellas contra las instituciones civiles; 9 - violar manifiestamente cualquier derecho o garantía individual establecido en el Art. 141, así como los derechos sociales asegurados en el artículo 157 de la Constitución; 10 - tomar o autorizar durante el estado de sitio, medidas de represión que excedan los límites establecidos en la Constitución.

⁸⁹Son delitos contra la seguridad interna del país: 1 - intentar alterar con violencia la forma de gobierno de la República; 2 - intentar alterar con violencia la Constitución Federal o de alguno de los Estados, o ley de la Unión, del Estado o Municipio; 3 - decretar el estado de sitio, estando reunido el Congreso Nacional, o en el receso de este, no habiendo conmoción interna grave ni hechos que evidencien la misma a irrumpir o no en caso de guerra externa; 4 - practicar o concurrir para que se perpetre cualquiera de los delitos contra la seguridad interna, definidos en la legislación penal; 5 - no dar las providencias de su competencia para impedir o frustrar la ejecución de estos delitos; 6 - ausentarse del país sin autorización del Congreso Nacional; 7 - permitir, de forma expresa o tácita, la infracción de la ley federal de orden público; 8 - dejar de tomar, en los plazos fijados, las medidas determinadas por ley o tratado federal y necesario para su ejecución y cumplimiento.

⁹⁰Son delitos de responsabilidad contra las faltas en la administración: 1 - omitir o retardar dolosamente la publicación de las leyes y resoluciones del Poder Legislativo o de los actos del Poder Ejecutivo; 2 - no prestar al Congreso Nacional dentro de sesenta días después de la apertura de la sesión legislativa, las cuentas relativas al ejercicio anterior; 3 - no hacer efectiva la responsabilidad de sus subordinados, cuando sea manifiesta en delitos funcionales o en la práctica de actos contrarios a la Constitución; 4 - expedir órdenes o hacer requisición de forma contraria a las disposiciones expresas de la Constitución; 5 - infringir el procedimiento de los cargos públicos, las normas legales; 6 - Usar de violencia o amenaza contra funcionario público para coaccionarlo a

6. La ley presupuestaria ⁹¹; y

7. El cumplimiento de las leyes y de las decisiones judiciales⁹².

Por lo tanto, para el Presidente de la República, los delitos de responsabilidad son los definidos en la Constitución y en las leyes ordinarias cuyas sanciones son dos: pérdida del cargo público e inhabilitación para el ejercicio de función pública por un plazo de 8 (ocho) años, conforme al art. 52, § único de la Constitución brasileña.

También pueden cometer delitos de responsabilidad los Ministros de Estado ⁹³, los Ministros del Supremo Tribunal Federal ⁹⁴ y el Procurador General de la República ⁹⁵. Los Gobernadores de los Estados y los Secretarios de Estado cometen delitos cuando practican los actos definidos como delitos para el Presidente de la República y el Ministro de Estado, o relacionados con éstos. Para

proceder ilegalmente, así como servirse del soborno o de cualquiera otra forma de corrupción para el mismo fin; 7 - proceder de modo incompatible con la dignidad, el honor y el decoro del cargo.

⁹¹Son delitos de responsabilidad contra la ley presupuestaria:

- 1- No presentar al Congreso Nacional la propuesta del presupuesto de la República dentro de los primeros dos meses de cada sesión legislativa;
- 2 - Exceder o transportar, sin autorización legal, los dineros del presupuesto;
- 3 - Realizar el desvío del presupuesto;
- 4 - Infringir, manifestadamente, y de cualquier modo, la disposición de la ley presupuestaria.

⁹²Son delitos contra el cumplimiento de las decisiones judiciales: 1 - impedir, por cualquier medio, el efecto de los actos, mandados o decisiones del Poder Judiciario; 2 - Recusar el cumplimiento de las decisiones del Poder Judicial en lo que depende el ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo; 3 - dejar de atender la requisición de intervención federal del Supremo Tribunal Federal o del Tribunal Superior Electoral; 4 - Impedir o frustrar un pago determinado por sentencia judicial.

⁹³Son delitos de responsabilidad de los Ministros de Estado: 1 - los actos conexos con los delitos del Presidente, cuando sean cometidos u ordenados por ellos; 2 - La falta de comparecencia sin justificación, ante la Cámara de los Diputados o el Senado Federal, o cualquiera de sus comisiones, cuando una u otra casa del Congreso los convoque personalmente, presten informaciones acerca de asunto previamente determinado; 3 - No presten dentro de 30 (treinta días) y sin motivo justificado, a cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional, las informaciones que la misma les solicite por escrito, o declaren en falso.

⁹⁴Son delitos de responsabilidad de los Ministros del Supremo Tribunal Federal: 1- alterar, de cualquier forma, excepto por vía de recurso, la decisión o voto ya proferido en sesión del Tribunal; 2 - proferir juicio, cuando, por ley, sea sospechoso en la causa; 3 – mostrar clara desidia en el cumplimiento de los deberes del cargo; 5 - proceder de modo incompatible con el honor, dignidad y decoro de sus funciones.

⁹⁵Son delitos de responsabilidad del Procurador General de la República: 1 - emitir parecer, cuando, por ley, sea sospechoso en la causa; 2 - recusarse en la práctica de acto que le incumba; 3 – mostrar clara desidia en el cumplimiento de sus atribuciones; 4 - proceder de modo incompatible con la dignidad y el decoro del cargo.

los Alcaldes municipales, los delitos de responsabilidad están definidos en el Decreto Ley n° 201/67.

Conviene subrayar que la responsabilidad política no excluye las responsabilidades de naturaleza civil y penal por el mismo hecho, puesto que tales instancias son independientes.

B.1.3. Suspensión o destitución (*impeachment*) del Jefe del Poder Ejecutivo y otras autoridades

El vocablo *Impeachment* significa impugnación de mandato ante un delito de responsabilidad practicado por jefe del Poder Ejecutivo, vice-jefe y Ministros de Estado, Ministros del STF, del Procurador-General de la República y del Abogado-General de la Unión, así como Gobernadores y Secretarios de Estado.

En Brasil, se le permite a cualquier ciudadano denunciar, mediante petición con firma autenticada y que indique los medios de prueba con relación a:

el Presidente de la República o Ministro de Estado, por delito de responsabilidad, ante la Cámara de los Diputados;

los Ministros del Supremo Tribunal Federal y el Procurador General de la República, ante el Senado Federal.

los Gobernadores de Estado y Secretarios de Estado, ante la correspondiente Asamblea Legislativa estatal.

En los delitos de responsabilidad del Presidente de la República, Vicepresidente y de los Ministros de Estado, la Cámara de los Diputados es tribunal de pronunciamiento y el Senado Federal, tribunal de juicio; en los delitos de responsabilidad de los Ministros del Supremo Tribunal Federal y del

Procurador General de la República, el Senado Federal es, simultáneamente, tribunal de pronunciamiento y de juicio bajo el mando del Presidente del STF o de su sustituto legal. En ambas fases, se garantiza el derecho de defensa.

Para instaurar un proceso de *impeachment* contra el Presidente de la República y el Ministros de Estado es preciso que la acusación sea admitida por 2/3 (dos tercios) de los diputados federales, en una sesión propia, ante la relevancia del tema.

Después de eso, en el caso de que se admita la acusación, el juicio se realizará ante el Senado Federal y, cuando se instaure el proceso, la autoridad será suspendida de sus funciones, durante un plazo de 120 (ciento veinte) días. Si no se llevara a cabo, en ese plazo, el proceso, en cualquier caso, el agente apartado reasumirá sus funciones.

El Senado, *así*, es el foro competente para el juicio de los delitos por responsabilidad del Presidente, Vicepresidente, Ministros de Estado, además de los ministros del STF, del Procurador-General de la República y del Abogado-General de la Unión, y hará el juicio, bajo el mando del Presidente del STF.

La condena, de la misma forma que la admisión en la Cámara, solamente se dará por el voto favorable de 2/3 de la totalidad de los senadores y en votación nominal, declarará la pérdida del cargo, con inhabilitación por ocho años para el ejercicio de función pública, sin perjuicio de las demás sanciones judiciales correspondientes.

Si el Senado entiende que esta acusación fuera infundada, se archivará el caso. Si se decidiera lo contrario, la Mesa dará inmediato conocimiento de esta decisión al Supremo Tribunal Federal, al Presidente de la República y al denunciante.

La decisión se producirá desde la fecha de su inicio con los siguientes efectos, contra el denunciado:

a) quedar suspendido del ejercicio de sus funciones hasta sentencia final;

b) quedar sujeto a la acusación penal;

c) perder, hasta sentencia final, un tercio de los vencimientos, que le serán pagados en el caso de absolución.

El Gobernador será juzgado por los delitos de responsabilidad, según la forma que determine la Constitución del Estado y podrá ser condenado hasta la pérdida del cargo, con inhabilitación hasta cinco años para el ejercicio de cualquier función pública, sin perjuicio de la acción por parte de la justicia común.

En cualquier hipótesis, solo podrá decretarse la condena por el voto de 2/3 (dos tercios) de los miembros de que se componga el tribunal de juicio. A pesar de varios casos de *impeachment*, especialmente en los Estados de la federación brasileña, el más importante fue el del Ex presidente Fernando Collor, en 1992, cuando había cumplido la mitad del mandato.

B. 2. Control Financiero

Es la posibilidad de fiscalización por parte de la Agencia Tributaria, de gastos y gestión de los recursos públicos.

Según el art. 70, de la Constitución Federal Brasileña, cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que utilice, recaude, guarde, administre dinero, bienes y valores públicos o por los cuales el Estado responda, o que, en su nombre asuma obligaciones de naturaleza pecuniaria está sujeta al control del Tribunal de Cuentas,

Tal control externo abarca las siguientes áreas: contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial.

B. 3. Control interno

Es el autocontrol, es decir, el realizado por el propio poder u órgano sobre sus personas y actividades. Así, es lícito que la Administración pública pueda revocar sus propios actos, cuando tengan vicios o ilegalidades.

El art. 70 de la Constitución Federal Brasileña hace mención a que la fiscalización sea procesada por el sistema de control interno de cada poder. En Brasil, en la esfera federal, existe una institución que realiza el control interno en los varios órganos y entidades del Poder Ejecutivo, la “Controladoria-Geral da União – CGU” y similares en varios Estados-miembros, las “Controladorias-Gerais Estaduais – CGEs”, en virtud de lo contemplado en los artículos 70 y 74 de la Constitución y de las leyes del Estado.

B. 4. Control Externo

El control externo es ejercido por un órgano extraño, independiente, que es responsable de la emisión del acto.

En Brasil es el que se ejerce por el Poder Judicial y por el Congreso Nacional, éste con la ayuda del “Tribunal de Contas da União – TCU”. El control será ejercido bajo cinco aspectos: legalidad, legitimidad, economía, aplicación de las subvenciones y reasignación de ingresos

B. 5. Tribunal de Cuentas

Es un órgano de control externo de la Administración Pública, auxiliar del Poder Legislativo, con las siguientes funciones ⁹⁶:

Hacer la fiscalización financiera propiamente dicha;

Prestar Asesoramiento o emitir parecer previo sobre cuentas al Poder Legislativo competente;

Prestar Información también al Poder Legislativo competente;

Hacer juicio, *rectius*, apreciación o examen de cuentas de administradores;

Aplicar multas proporcionales al daño causado al erario;

Firmar el plazo para que la administración corrija la ilegalidad o la retire, en el caso de que no fuera tramitada la ejecución del acto impugnado, comunicando la decisión a la Cámara de los Diputados y al Senado Federal; En el caso de contrato, el acto retirado será adoptado directamente por el Congreso Nacional, que pedirá de inmediato al Ejecutivo las medidas correspondientes, en el plazo de 90 (noventa) días y, en el caso de que no se hubieran atendido, es competencia del Tribunal de Cuentas decidir al respecto.

Actuar como defensor del pueblo cuando reciba denuncias de irregularidades o ilegalidad, cuando es comunicado por las partes responsables de control interno o por cualquier ciudadano, partido político, sindicato o asociación.

En la órbita federal brasileña, el Tribunal de Cuentas de la Unión es el órgano que controla las cuentas del Presidente de la República y elabora un informe previo a ser analizado por el Congreso Nacional; procede a la auditoria, en todas las unidades administrativas de los tres poderes; supervisa las cuentas

⁹⁶ ZANELLA DI PIETRO, M^a. S., *Direito Administrativo*. 12^a ed., São Paulo, Atlas, 2001, pp.638-639.

nacionales de las empresas supranacionales que se incorporan a la Unión; supervisa la aplicación de los recursos transferidos por la Unión, sobre aspectos de legalidad, legitimidad y racionalización del gasto de la aplicación; valora, para fines de registro, la legalidad de los actos de admisión del personal y las concesiones de la jubilación; aplica las sanciones a los responsables de conducta ilícita en el proceso del gasto público y fija el plazo para que los órganos y las entidades adopten las medidas exigidas para el cumplimiento de la ley; Remueve, en el caso de incumplimiento, la aplicación del acto impugnado, comunicando el hecho a la Cámara de Representantes y al Senado.

En Brasil, a diferencia de lo que pasa en España, la función ejercida por el Tribunal de Cuentas es de carácter eminentemente administrativo, de ahí porqué el término juzgar significa evaluar, examinar y analizar las cuentas. En España, como ya hemos mencionado, el Tribunal de Cuentas tiene un carácter híbrido (salvo en las Comunidades Autónomas), ⁹⁷ con funciones de supervisión de la actividad económica-financiera del Estado y jurisdiccional, con respecto a la responsabilidad contable en que incurre quien tenga a su cargo la gestión de los recursos públicos, con decisiones sujetas a recurso directamente al Tribunal Supremo ⁹⁸.

⁹⁷STC 187/1988 (RTC 1988,187). El Tribunal Constitucional ha señalado también que “aun cuando se prevé que las Comunidades Autónomas puedan realizar su propia función fiscalizadora, no existe esta previsión respecto a la actividad jurisdiccional”.

⁹⁸ FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., “El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: Especial referencia al tribunal de cuentas y a la intervención general de la administración del estado”. Tesis doctoral presentada en Salamanca. 2009, p.293-294. “El Tribunal de Cuentas es un órgano colegiado de relevancia constitucional, dotado de independencia, que actúa como órgano supremo de control externo económico-financiero comisionado de las Cortes Generales y como órgano jurisdiccional exclusivo especializado en el enjuiciamiento de la responsabilidad contable. La doctrina lo ha definido como un órgano controlador de naturaleza funcional híbrida o mixta, pues ejerce una dualidad de funciones (la fiscalización y el enjuiciamiento) de muy diferente inserción constitucional en los regímenes políticos regidos por el sistema de división de poderes, ya que, como afirma MENDIZÁBAL ALLENDE, una se encuentra vinculada al control parlamentario y la otra al control jurisdiccional. Esta heterogeneidad de funciones crea una institución compleja con caracteres bien diferenciados: la función fiscalizadora, con un carácter supremo, técnico y de apoyo al Parlamento, y la función jurisdiccional, con las clásicas prerrogativas judiciales de plenitud e inamovilidad.

En la Constitución de 1978 se reconoce, en su art. 136.1, al Tribunal de Cuentas como «supremo órgano fiscalizador» y en el art. 153.d se le atribuye expresamente el control económico y presupuestario de los órganos de las Comunidades Autónomas. El desarrollo normativo se ha

Por el principio de simetría constitucional adoptada en Brasil se permite que los Tribunales de Cuentas de los Estados tengan las mismas atribuciones del Tribunal de Cuentas de la Unión –TCU- previstas en el Art. 71 de la Constitución. Las decisiones de los Tribunales de Cuentas de las que resulta una imputación de débito o una multa tendrán eficacia de título ejecutivo, pero también son susceptibles de recursos ante el Poder Judicial.

Según Luiz Roberto Barroso, citado por Carvalho Filho⁹⁹, hay tres conclusiones acerca de los Tribunales de Cuentas en Brasil que no se pueden modificar, a saber:

1) Es de su competencia valorar el acto de concesión de jubilación y bajar el proceso con sus ponderaciones con respeto al acto, pero se prohíbe imponer al administrador la modificación del acto bajo pena de multa; habiendo conflicto, la solución es la vía judicial, tanto para dirimir el litigio interorgánico, como para permitir que un tercero reivindique sus derechos;

2) No se permite ejercer el poder reglamentario, siendo éste del ejecutivo;

3) En la competencia para resolver los actos administrativos, debe respetarse el principio del debido proceso legal, si estos actos implican situaciones jurídicas que afecten a terceros; en ningún caso el Tribunal de Cuentas tiene competencia para **invalidar** actos administrativos negociales, contractuales o no. Esta institución no puede oponerse a una decisión judicial. La resolución de los actos sólo se legitima después de que haya transcurrido el plazo en el que fue recomendada la superación de la ilegalidad.

producido por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, si bien la legislación de los partidos políticos y el régimen electoral general, así como otra normativa sectorial, le atribuye competencias específicas.”

⁹⁹Manual de Direito Administrativo, cit., p.828-829. Vid. SPARBERG, D., “El combate contra la corrupción y el fraude”, *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, vol.27, nº3, 2000, pp.10-12.

C. Control por el Poder Judicial

Es el poder de supervisión que se puede ejercer sobre actos del ejecutivo, legislativo y judicial, en los aspectos de la legalidad y constitucionalidad, de carácter firme. Es el poder jurídico por excelencia, y es deseable que esté distanciado de los intereses políticos que permean frecuentemente en los poderes Ejecutivos y Legislativo.

Tal distanciamiento es menor, en la medida en que depende que sea competencia del Jefe del Poder Ejecutivo la designación de cargos en tribunales superiores. Hay dos sistemas de control jurisdiccional:

Contencioso Administrativo (adoptado principalmente en Francia e Italia), donde la Justicia Administrativa está al lado de la Justicia propia del Poder Judicial; y

Unidad de Jurisdicción (modelo presente en Inglaterra y Brasil). Aquí, rige el monopolio de jurisdicción, por lo que corresponde exclusivamente al Poder Judicial decidir, con fuerza de carácter definitivo, toda y cualquier controversia sobre la correcta aplicación del derecho a un caso concreto, sea cual sea el litigante o la índole de la relación jurídica controvertida.

En la Constitución brasileña, en el capítulo dedicado a los Derechos y a las Garantías Fundamentales, Art. 5, precisamente en el inciso XXXV, consta que la ley no excluye de la apreciación del Poder Judicial, la lesión o amenaza a un derecho, lo que viene a consagrar el sistema de unidad jurisdiccional, pudiendo, en el momento en que se invoque, anular las conductas ilegítimas de la Administración Pública, obligando a las que resulten de obligado cumplimiento y condenando a indemnizar a los lesionados, cuando fuera necesario.

La doctrina considera este sistema de unidad de Jurisdicción más eficaz que el otro, ya que el Estado-administración y el administrado se colocan,

en teoría, en un plano jurídico de igualdad cuando sus conflictos de intereses se dirimen mediante las acciones judiciales.

Todo esto en teoría, pues, como es notorio, hay una especie de reverencia del magistrado al administrador, especialmente si éste está interesado en algún cargo cuya elección dependa de aquella autoridad o si existe la posibilidad de intercambio de favores.

Por ello, el control jurisdiccional es exclusivamente de legalidad y constitucionalidad. Si el acto es contrario a la ley o a la Constitución, el Poder Judicial declarará su invalidación de modo que no se permita que continúe produciéndose efectos ilícitos.

En Brasil, con la implementación de las “súmulas” vinculantes¹⁰⁰, cabe reclamación directamente al Supremo Tribunal Federal –STF- contra acto administrativo o decisión judicial que la contraría o la aplique indebidamente y, en caso procedente, será anulado el acto.

Por otro lado, en virtud del sistema de división de los poderes adoptados por la Constitución, es prohibido al Poder Judicial apreciar el llamado mérito administrativo, es decir, los criterios de conveniencia y oportunidad.

¹⁰⁰ En el derecho brasileño, se llama "súmula" a un expediente que registra la interpretación pacífica o la mayoritaria adoptada por un Tribunal con respecto a un tema específico, con la doble finalidad de hacer pública la jurisprudencia para la sociedad, así como de promover la uniformidad entre las decisiones. Es la jurisprudencia que, cuando se vota por el "Supremo Tribunal Federal" se convierte en un precedente obligatorio para que todos los demás tribunales y jueces, así como la administración pública, directa e indirecta, tendrá que seguir. En la práctica, adquiere fuerza de ley, creando un vínculo jurídico y poseyendo efectos 'erga omnes'. Finalmente, hay que tener presente que la citada "súmula" no vincula el Poder Legislativo, bajo pena de crear una indeseable petrificación legislativa, ni siquiera al propio STF, que puede alterar el sentido defendido en una "súmula" vinculante, mediante votación que reúna el mismo quórum necesario para su aprobación inicial (2 / 3 de sus miembros). La súmula vinculante se creó el 30 de diciembre de 2004, mediante la Enmienda Constitucional N ° 45, que añadió el artículo 103-A de la Constitución brasileña: “El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o a instancia de parte, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, después de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar una "súmula" que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación con los demás órganos del Poder judicial y con la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida en la ley”. Disponible en: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Súmula>

El control judicial puede ser *a priori* o *a posteriori*, siendo éste la regla.

El control *a priori* se fundamenta en el principio de la “inafastabilidad”¹⁰¹ de la tutela judicial, es decir, del derecho a la tutela judicial efectiva, conforme al Art. 5º XXXV, de la Constitución Federal Brasileña, por el cual se garantiza al individuo la protección contra lesión o amenaza de lesión al derecho.

El Código de Proceso Civil brasileño y las leyes especiales del Mandato de Seguridad, de la Acción Popular y de la Acción Civil Pública contemplan esta posibilidad cuando están presentes los supuestos de la plausibilidad del derecho (*fumus boni iuris*) y el riesgo de haya lesión irreparable por el transcurso del tiempo (*periculum in mora*).

C.1. Actos bajo control judicial especial

En el régimen democrático, donde se manifiesta la protección de los derechos y las garantías fundamentales, no se pueden concebir actos privados de control, de ahí el porqué ningún Poder o función es tan absoluto que pueda estar por encima del control judicial, so pena de hacer inmune la corrupción.

En ese sentido, hasta incluso los actos políticos (de gobierno), es decir, aquéllos producidos por ciertos agentes de la cúpula directiva del país, en el uso de su función constitucional, pueden y deben ser cuestionados cuando ofenden los derechos individuales o colectivos, por estar contagiados de algún vicio de legalidad o constitucionalidad. Por ejemplo, el indulto concedido por el

¹⁰¹ Es el principio del Derecho Procesal subjetivo público, también acuñado como principio de acción o de acceso a la justicia, en el que la Constitución garantiza la tutela estatal necesaria para los conflictos que se producen en la vida de la sociedad. De esta forma, se produce la “inafastabilidad” de la jurisdicción, el uso imprescindible de la jurisdicción, que son complementos inalterables del proceso civil constitucional. (Traducción nuestra). Disponible en: http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpios_Constitucionais_do_Processo_Civil#Princ.C3.ADpio_da_Inafastabilidade_da_Jurisdic.C3.A7.C3.A3o

Presidente de la República o la autorización del legislativo al jefe del Ejecutivo para ausentarse del país.

También los actos legislativos típicos, como las leyes y las medidas provisionales, pueden ser objeto de control por parte del Poder Judicial, control este difuso o concentrado.

En el control difuso o incidental, la ley es discutida como prejudicial en una acción judicial común.

En el control concentrado, el acto normativo es impugnado directamente, como sucede con la Acción Directa de inconstitucionalidad –ADI-, Acción directa de constitucionalidad –ADC- y Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental –ADPF-.

La decisión proferida por la suprema corte (STF, en Brasil) en el caso de la ADI y ADC producirá efecto vinculante con respecto a los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública. En estos casos, el Poder Judicial ejerce una función verdaderamente legislativa y política.

Conviene también subrayar que, aun siendo característica del control difuso los efectos sólo son vinculantes de la declaración incidental de inconstitucionalidad, es decir, los limitados a los casos concretos, el sistema jurídico proporciona formas de llevar esta decisión a tener eficacia general, de la misma forma como sucede en los Estados Unidos de América en razón del principio de la vinculación con los precedentes de la Suprema Corte y, en Brasil, con la posibilidad de suspensión por parte del Senado Federal de la ejecución de la ley, tal y como está previsto en el art. 52, X, de la Constitución Brasileña.

En cuanto a los actos llamados “*interna corporis*”, que son practicados dentro de la competencia interna y exclusiva de los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial, cuya competencia está delimitada en la propia Constitución (como sucede con los Reglamentos internos), se admite el control

judicial sólo cuando contienen vicios de legalidad y de constitucionalidad que vulneren los derechos individuales, de parlamentarios o de jueces.

C.1.1. Actos Discrecionales, Políticas Públicas y Control Judicial

Cuestión más compleja es saber si los actos que derivan del poder discrecional de la autoridad y si las políticas públicas implementadas o no por el poder político también se someten al control por parte del Poder Judicial.

En primer lugar, se pone de manifiesto el principio de la separación de los poderes y la consiguiente prohibición de inmiscuirse en las atribuciones de otro, además del principio democrático de la representación política. Por el contrario, existe el principio de la “inafastabilidad” de la tutela jurisdiccional que, en relación a los derechos y garantías fundamentales, ninguna lesión o amenaza a los mismos será excluida de una apreciación judicial.

Además, existen dudas sobre la legitimidad política de los miembros del Poder Judicial, ante la politización de sus decisiones cada vez más reveladoras de lo que se suele denominar activismo judicial.

En efecto, la discusión se hace más evidente cuando se coloca la apreciación de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos en sede de un control concentrado o difuso. Como ya se ha mencionado, en el control concentrado el órgano judicial aprecia, en teoría, la ley elaborada por los representantes del pueblo y tiene el poder de determinar su nulidad. En el control difuso, cualquier juez, según la instancia que corresponda, tiene el poder, en el caso concreto, de negar la validez a una ley nacional aprobada por el parlamento y promulgada por la más alta autoridad administrativa de la nación.

¿Cómo explicar a la sociedad, entonces, que la voluntad de sus representantes, elegidos democráticamente, no irá a prevalecer porque un Juez, que no fue elegido por nadie (por tanto sin legitimidad), aunque haya sido legalmente investido en el cargo después de un concurso público, entendió de

forma diferente, principalmente en decisiones fundamentadas por contraste con los principios constitucionales muchas veces implícitos?

Jorge NETO ¹⁰², con relación a esta polémica, propone:

Desde el momento en que visualizamos las decisiones del Poder Judicial como el fruto de un discurso racional democrático, del cual participaron, en mayor o menor medida, los propios pueblos en la función de las partes, no se puede sostener la idea de un poder contramayoritario. En realidad, el Poder Judicial constituye un canal de comunicación con el poder estatal distinto del que se utiliza cuando la gente vota y elige a sus representantes.

La teoría esbozada en la citada obra refleja que la legitimidad de las decisiones del Poder Judicial se afirma mucho más por su contenido, que está en sintonía con el sentimiento de justicia de la colectividad y respeta el proceso dialógico (con las garantías del contradictorio y la amplia defensa -es decir, del debido proceso. incluso con duración razonable y coherente motivación-), y no por el hecho de la patente autoridad de su prolator. En este aspecto, la argumentación racional debe prevalecer sobre el argumento de autoridad.

Las políticas públicas significan la búsqueda por la realización práctica o la materialización de los derechos fundamentales, esencialmente los de segunda y tercera generaciones, los derechos de igualdad y fraternidad. Es igualmente correcto afirmar que la concreción de los derechos fundamentales es tarea del Estado como un todo y, así, de los poderes constituidos para la consecución de los objetivos de la nación (Ejecutivo, Legislativo y Poder Judicial), observando los fundamentos del Estado Democrático de Derecho y los principios que le caracterizan

Los derechos fundamentales, por su importancia y por ser de naturaleza inaplazable, están positivados para tener una aplicación inmediata, no constituyendo un mero protocolo de intenciones.

¹⁰² DE MELO JORGE NETO, N., *O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador, JUS PODIVM. 2008, p.137.

Nos adherimos a la opinión del profesor Jorge Neto ¹⁰³, de manera que si la actuación estatal de los Poderes Ejecutivo y/o Legislativo violan la Constitución y, sobretodo, lesionan los derechos fundamentales, tanto individuales, como difusos y colectivos, cabrá la actuación del Poder Judicial. Apunta el citado autor que:

Aunque admitamos que, en estos casos, el Poder Judicial no podrá sustraerse a la actividad de los demás poderes, es innegable que podrá invalidar las elecciones de los demás poderes o determinar los objetivos a alcanzar para la realización de los derechos. La mayoría de las veces, sin embargo, el espacio de discrecionalidad conferido por la Constitución en la elección de las políticas públicas es bastante amplio, y no cabe al Poder Judicial interferir en la elección de los medios de acción.

Conviene subrayar que la discrecionalidad representa una garantía para el destinatario del acto o del servicio público que la ley, primando por la concreción de la eficiencia, del interés público y general, y por encima de todo la justicia, que faculta al administrador, en la situación concreta, a adoptar la mejor elección entre dos o más posibilidades para alcanzar su finalidad, dado que la buena administración (o, al menos, razonable) se considera hoy como un derecho fundamental.

La aproximación a los aspectos relativos de la discrecionalidad tiene una estrecha relación con la corrupción, especialmente cuando se la concibe sin límites o posibilidad de control, dando lugar a arbitrariedades y abusos de poder. Quien nos presta el mejor concepto de discrecionalidad es el profesor paulista Bandeira de Melo ¹⁰⁴ para quien:

La discrecionalidad, por tanto, es el margen de libertad que tiene el administrador para elegir, según criterios consistentes de racionalidad, uno, entre al menos dos comportamientos correspondientes, ante cada caso concreto, a fin de cumplir el deber de adoptar la solución más adecuada para la satisfacción de la finalidad legal, cuando, por fuerza de la fluidez de las expresiones de la ley o de la libertad conferida en el mandato, no se pueda deducir de la misma, objetivamente, una solución unívoca para la situación concreta.

¹⁰³ De MELO JORGE NETO, N., *O CONTROLE JURISDICCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS*, cit., p.102.

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELO, C. A., *Discrecionalidade e Controle Jurisdiccional*, 2ªed. São Paulo, Malheiros, 2008. p.48.

Conviene también subrayar, de esta forma, que el poder discrecional no se confunde con un cheque en blanco que el legislador otorga al Poder Ejecutivo para actuar sin ninguna limitación, puesto que habrá siempre un obstáculo de naturaleza legal o constitucional.

A este respecto, apunta el Profesor Juarez Freitas¹⁰⁵ que:

Como se preconiza, todos los actos administrativos, al menos los negativos o inmediatos, son jurídicamente controlables, y los vicios de omisión también necesitan ser impedidos de modo vigoroso y sin condescendencia. Toda conducta administrativa (vinculada o discrecional) sólo se legitima, si respeta la primacía de los principios constitucionales en conjunto.

Añade el citado autor¹⁰⁶ que:

En la visión sistemática propuesta, el mérito del acto administrativo no debe ser anulado. Sin embargo, por vía refleja, puede ser cuestionado, al efectuar el control del “demérito” y de la antijuridicidad, más allá de los aspectos adscritos a la legalidad. El controlador, en esa medida, hace las veces de “administrador negativo”. El control de proporcionalidad (incluso de las políticas públicas) comienza, en este horizonte, a realizarse de modo más profundo y productivo, puesto que se admite la discreción solamente para que el agente providencie, con eficacia y eficiencia, la realización de las vinculantes finalidades constitucionales.

Así, concluimos que la motivación, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el acto administrativo, vinculado o discrecional, practicado es un principio general del derecho administrativo y una garantía para el administrado en un Estado de Derecho y Democrático, siendo por así decir, un requisito indispensable de su validez. Es, sin duda, un poderoso antídoto contra la corrupción y el arbitrio.

Por todas estas razones, creemos que, tanto las políticas públicas como los actos administrativos en general son susceptibles de control por el Poder Judicial, sobre todo cuando violen los derechos fundamentales, individuales o colectivos, incluso porque la finalidad de la ley nunca podrá avalar una conducta que contraría el conjunto de los derechos y las garantías de gran envergadura.

¹⁰⁵FREITAS, J., *Discrecionalidade administrativa e o DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. Malheiros, 2ª. ed., 2009, p.28.

¹⁰⁶FREITAS, J., cit., p.130.

C.1.2. Control de Constitucionalidad de las leyes

No es pertinente para los objetivos del presente trabajo, hacer una aproximación profunda del tema, siendo fundamental, sin embargo, plantear algunas líneas sobre el argumento, al que también se refiere el control de la corrupción, ya que ésta puede tener como causa el contenido y la finalidad de la ley que, evidentemente no esté en conformidad con la Carta política y, por tanto, resulte incompatible con la misma.

Control judicial de constitucionalidad es el que se ejerce por parte de la Corte Constitucional u órgano del Poder Judicial, de ahí por qué se conocen tres modelos, a saber: control concentrado (austriaco o europeo), control difuso (americano) y control mixto (Portugal, Brasil).

La introducción del control de constitucionalidad de las leyes fue muy precoz en los Estados Unidos. En cambio, en Europa, el desarrollo de la justicia constitucional fue más tardío. Se veía mal que la ley, expresión de la voluntad general, se supeditara a cualquier control. Habrá que esperar hasta el siglo XX para asistir a la introducción de un control de constitucionalidad de las leyes, con la creación, en 1920, del Tribunal Constitucional austriaco¹⁰⁷. En el mismo período, también la República de Weimar establece un control de conformidad de los actos normativos con la Ley fundamental. Pero sólo después de la II Guerra Mundial es cuando la justicia constitucional comienza su

¹⁰⁷ En el Derecho continental europeo había predominado la tradición originada en la revolución francesa, de prohibir a los jueces que decidieran sobre cuestiones de carácter constitucional. La discusión sobre la posibilidad de que un órgano jurisdiccional conociera sobre los conflictos derivados de las normas fundamentales, en virtud de la innovación de la Constitución austriaca de 1920, deriva de la influencia del jurista Hans Kelsen, que estableció el Tribunal Constitucional como órgano especializado para conocer y decidir conflictos de naturaleza constitucional, planteando una famosa polémica, en la tercera década del siglo XX, entre el constitucionalista alemán Carl Schmitt y el propio Kelsen (*Vid. FIX ZAMUDIO, H., "La justicia constitucional y la judicialización de la política", en VV.AA., Constitución y constitucionalismo hoy. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p.561*). La famosa polémica comenzó con la aparición, en 1931, del clásico libro de Schmitt, *Der Hutter der Verfassung (El protector de la Constitución)* traducida al español como *La defensa de la Constitución*. Sus ideas fueron objeto de réplica por Kelsen, por medio de un estudio intitulado *Wer soll der Hutter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*.

expansión por el continente. Primero Alemania, con el *Bundesverfassungsgericht*, establecido en 1951, seguido de Italia, cuyo Tribunal Constitucional se instaure en 1956¹⁰⁸. Dos años después, la transición a la V República desemboca también en Francia en la institución del *Conseil Constitutionnel*¹⁰⁹. En España, el Tribunal Constitucional nace a partir de la aprobación de la Constitución de 1978, y en Portugal, en 1983 se pone en funcionamiento su Tribunal Constitucional¹¹⁰.

La creación de Tribunales o Cortes constitucionales se ha convertido en un elemento indispensable para que sea posible hablar de Estado de derecho. Con todo, ello no significa que el control de constitucionalidad no se pueda ejercer por otros medios, como efectivamente ocurre en aquellos países que, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, lo encomiendan a sus Cortes Supremas o, como en el caso de Francia, a un Consejo Constitucional.

En el control concentrado, hay un órgano central competente para declarar, la validez o no de una ley, en confrontación con la Constitución. En este modelo, cabe al juez o al tribunal, por faltarle poderes para decretar la inconstitucionalidad, solicitar la manifestación del tribunal constitucional. En el control difuso, cualquier órgano jurisdiccional, juez o tribunal, en el caso concreto, puede recusar la aplicación de la ley que reputa incompatible con la

¹⁰⁸Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos dilemas sobre la Jurisdicción constitucional”. En: *Revista do Direito* nº 34, Programa de Pósgraduação em Direito –Mestrado- PPGD, Santa Cruz do Sul, UNISC, Junho/Diciembre 2010, pp.135-155

¹⁰⁹ El control de constitucionalidad de derechos norteamericano, al contrario que el francés, se basa en la apreciación de las razones de los derechos tal y como aparecen reflejados en los casos concretos, según un método casuístico que no se deja atrapar por las pretensiones “planificadoras” y abstractas del derecho europeo.

En los sistemas europeos distintos del francés, el control de constitucionalidad está reservado a órganos *ad hoc* separados de la jurisdicción ordinaria. Es decir, la jurisdicción constitucional está destinada a atender a las exigencias de la ley y del legislador junto a las de los titulares de los derechos constitucionales. A este respecto se ha hablado del “privilegio del legislador” —a diferencia del sistema americano— que implica que el legislador tiene su propio juez que actúa a través de procedimientos particulares y está formado por personal no exclusivamente judicial, capacitado para tener debidamente en cuenta, junto a las exigencias de los derechos, las exigencias propiamente políticas expresadas en la ley (ZAGREVELSKY, G., *El derecho dúctil*. Trad. M. Gascón, 8ª ed., Madrid, Trotta, 2008, pp.62-63).

¹¹⁰No vamos a extendernos acerca del sistema brasileño del control de constitucionalidad, porque excedería los límites que nos hemos impuesto en este trabajo de investigación. Nos limitamos ahora a remitirnos a BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pp.297-343.

Constitución, es decir, alejar su incidencia a la controversia en estimación subjetiva de un derecho.

En el control mixto, se adoptan los dos modelos. Así, cabe al Tribunal Constitucional u órgano superior del Poder Judicial el control concentrado, en las acciones que plantean la constitucionalidad en teoría (no en un caso concreto), con decisiones con efecto *erga omnes*. Tal posibilidad convive en armonía con el modelo difuso, por el cual mantiene la posibilidad de órgano monocrático o colegiado del Poder judicial, en el caso concreto, declara además, la inconstitucionalidad de ley y aleja su aplicación al caso *sub Judice*, caso en que tal decisión produzca un efecto sólo para las partes del proceso. Este modelo es adoptado en Portugal y en Brasil

C.1.3. Control de Constitucionalidad en España y en Brasil

La Constitución española de 1978 prevé un Tribunal Supremo con jurisdicción en toda España, como órgano jurisdiccional superior a todos los órdenes, salvo lo dispuesto en las “garantías constitucionales”. En Brasil, las funciones de Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo están reservadas a sólo una corte, el Supremo Tribunal Federal.

Observa la citada Constitución: «El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey, de los cuales cuatro bajo propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro bajo propuesta del Senado por idéntica mayoría, dos bajo propuesta del Gobierno y dos bajo propuesta del Consejo General del Poder Judicial».

Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados judiciales y el Ministerio Público, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en la profesión. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y renovables por un tercio cada tres años.

La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con cualquier mandato representativo, con cargos políticos y administrativos, con el desempeño de funciones directivas en partidos políticos o en sindicatos y con cualquier empleo a su servicio, con el ejercicio de funciones judiciales y del Ministerio Público y con cualquier actividad profesional y mercantil.

Los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial y serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal está compuesto por once ministros, escogidos entre ciudadanos con más de 35 (treinta cinco) y menos de 65 (sesenta cinco) años, siendo todos indicados por el Presidente de la República y sometidos al Senado Federal, donde el quórum para aprobación es la mitad más uno (mayoría absoluta), conforme al art. 101 de la Constitución brasileña. Asimismo, se verifica el requisito de la reconocida competencia, pero el requisito objetivo del tiempo mínimo de ejercicio profesional sólo es de exigencia en España, que es de quince años.

Mientras en España los miembros del Tribunal Constitucional tienen un mandato de nueve años, en Brasil son vitalicios, es decir, hasta los 70 (setenta) años de edad.

En materia de “garantías constitucionales”, el mayor intérprete español es el Tribunal Constitucional (artículos 159 a 165 de la Constitución española), que no forma parte propiamente del Poder Judicial. A través del “recurso de amparo”, según el artículo 162.1.”b”, cualquier persona natural o jurídica, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal están legitimados para solicitar el Tribunal Constitucional.

El art. 161 de la citada Constitución prevé el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas en virtud de la ley y «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con categoría

de ley, interpretada por la jurisprudencia, producirá efectos en cuanto a ésta, si bien la sentencia o las sentencias por la misma aplicadas no pierden el valor de cosa juzgada».

También compete al Tribunal Constitucional de España conocer los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de estas entre sí.

De esta forma, el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y le compete conocer:

a) el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y las disposiciones normativas de virtud de la ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con categoría de ley, interpretada por la jurisprudencia, producirá efectos con respecto a ésta, si bien la sentencia, o las sentencias por ella afectadas, no pierden el valor de caso juzgado;

b) el recurso de amparo, por violación de los derechos y libertades contemplados en el n. 2 del art. 53 de esta constitución, en los casos y en la forma que establece la ley;

c) los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de estas entre sí;

d) las demás materias que le atribuye la Constitución o las leyes orgánicas.

El gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y las resoluciones aprobadas por los órganos de las comunidades autónomas.

La impugnación determinará la suspensión de la disposición recurrida, pero el Tribunal deberá ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses.

Tiene legitimidad:

a) para interponer el recurso de inconstitucionalidad: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, si es el caso, las asambleas de las comunidades autónomas;

b) para interponer el recurso de amparo cualquier persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público.

La ley orgánica determinará las personas y los órganos con legitimidad en los otros casos.

Cuando, en algún proceso, un órgano judicial considere que una norma con categoría de ley, aplicable al caso y de cuya validez depende la decisión, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en las condiciones, en la forma y con los efectos establecidos por la ley, los cuales, en ningún caso, serán suspensivos. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publican en el Boletín Oficial del Estado con los respectivos votos particulares, si los hay. Las sentencias tienen el valor de caso juzgado desde el día siguiente al de su publicación y no se admiten recursos.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la apreciación subjetiva de un derecho se revisten de plena eficacia general.

Salvo cuando en la decisión se dispone diversamente, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el proceso y las condiciones de presentación de las acciones.

De lo anteriormente expuesto, se constata que en España el control de constitucionalidad presenta características del modelo concentrado. En Brasil, el control es mixto, es decir, el Supremo Tribunal Federal tanto ejerce el control concentrado, abstracto, con efecto *erga omnes*, mediante conocimiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estatal, de la Acción Directa de Constitucionalidad de ley o acto normativo federal y Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (art. 102, I y § 1º, Constitución brasileña), como el control difuso, concreto, incidental, con efecto *inter pars*, a través de recurso extraordinario en las causas provenientes de instancias inferiores cuando contrarían la disposición constitucional o la ley federal (art. 101, II y III).

Una característica relevante es la que se refiere a los legitimados para el recurso de inconstitucionalidad. En España se observa que la cantidad es bastante menor que en Brasil. En Brasil, están legitimados: El Fiscal General del Estado, el Colegio de abogados, partidos políticos y colegios profesionales.

N. Belloso Martín¹¹¹ se inclina por la posición adoptada por A. Nieto, quien se muestra crítico con el Tribunal Constitucional español. Reconoce que ocupa un puesto clave en el sistema de controles, puesto que su competencia se extiende, directa o indirectamente, a todos los demás poderes. “Un Tribunal Constitucional celoso y vigilante puede enderezar, por tanto, la actuación de todo el Estado, de la misma forma que si es hostil y parcial puede bloquear gravemente la acción de un gobierno. Así las cosas, la fórmula deseable es la de su neutralidad política e independencia funcional (...)”¹¹². Sin embargo, subraya que los gobiernos lo han considerado demasiado peligroso “y no han parado hasta desactivarlo y lograr que no sólo no entorpezca la acción política sino que avale positivamente las mayores tropelías del ejecutivo y del legislativo”. El camino seguido ha sido el de controlar a la mayoría de sus componentes mediante “designaciones sectarias y promesas de premios *a posteriori*”. Todo ello le ha provocado un desprestigio. “Un órgano que en sus primeros años se ganó por

¹¹¹ BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos dilemas sobre la Jurisdicción constitucional”, cit.

¹¹² NIETO, A., *Balada de la justicia y de la ley*. Madrid, Ariel, 1999, p.393.

méritos propios una *auctoritas* superior incluso a su *potestas* institucional y que hoy se ha degradado hasta perder aquélla por completo y no tener sus decisiones otro valor que el oficial que le concede la Constitución”.

Se hace necesario reconstruir la legitimidad de la justicia constitucional, alejándola de las sombras de duda de influencias partidistas e interesadas en que determinadas leyes resulten “acordes” a la Constitución al precio que sea. La legitimidad de la justicia constitucional no puede limitarse exclusivamente a evaluar la mayor o menor concordancia de las leyes, que aprueba el Parlamento, con el texto constitucional. Como afirma P. Calamandrei, las decisiones de la Corte constitucional no tendrán sólo el efecto aparentemente negativo, expreso en su parte dispositiva, de anular la ley contraria a la Constitución; a la par, tendrán un significado positivo de cooperación activa al *indirizzo politico* por las consideraciones que el Tribunal efectúa en los fundamentos jurídicos de sus sentencias¹¹³.

Junto a la problemática, ya clásica, acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, desde hace unos años se ha sumado una especie de campaña, por parte de especialistas de Derecho Comunitario y Europeo, a favor del reconocimiento en las instituciones europeas de características constitucionales, y principalmente, de la naturaleza de Tribunal Constitucional atribuida al Tribunal de Justicia de Luxemburgo y especialmente al Tribunal Europeo de Estrasburgo¹¹⁴. Recientes debates ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han presentado a los Tribunales constitucionales bien como jueces, bien como órganos políticos o constitucionales. Pero la complejidad de la noción en realidad se debe a que son, a la vez, jueces constitucionales y poderes constitucionales¹¹⁵.

¹¹³ CALAMANDREI, P., “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, nota 83, 1956, p.258.

¹¹⁴ Vid. FAVOREU, L., “Los Tribunales Constitucionales”, en F. Fernández Segado y D. García Belaunde (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, 1997, Dykinson, p.99; también, vid. BELLOSO MARTÍN, N., “Algunos dilemas sobre la Jurisdicción constitucional”, cit.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.100. Favoreu subraya que han cuestionado diversos aspectos de los Tribunales constitucionales: 1) Se ha puesto en tela de juicio la naturaleza jurisdiccional de los Tribunales

C.2. Instrumentos judiciales de control de la Administración Pública

Inespecíficos:

Para la corrección de las conductas administrativas, son las medidas judiciales comunes del derecho privado como, acciones ordinarias de indemnización, cautelar en general, interdictos prohibitorios (defensa o reintegro de posesión), notificación de obra nueva, consignación en pago y acciones penales.

Con relación a la parte penal, conviene observar que las leyes castigan tanto al sujeto activo como el sujeto pasivo del delito de corrupción, aunque el concepto de corrupción adoptado por el Banco Mundial, según indicamos en el apartado 2.1 de la presente investigación, tenga como sujeto activo sólo al servidor público, que se vale de tal circunstancia para obtener un provecho personal ilegítimo.

Adoptando tal concepto, el género corrupción abarcaría la gama de delitos cometidos por funcionarios contra la administración en general, a saber: inserción de datos falsos en banca de datos de la administración pública, extravío de documentos públicos, uso irregular de dinero público, corrupción pasiva propiamente dicha, facilitación de contrabando o peculio, prevaricación, condescendencia penal, abogacía administrativa, violación de secreto funcional entre los propios servidores públicos.

Como hemos destacado, las leyes penales no son suficientes para luchar contra la corrupción, aunque los tipos delictivos sean prácticamente iguales en los diversos países civilizados. Hay necesidad de plantear y hacer viable las medidas preventivas y de recuperación de los activos desviados.

constitucionales, por motivos diversos; 2) También se ha cuestionado la naturaleza jurisdiccional de estos tribunales desde otro punto de vista, el de la ciencia política, al afirmar que estos Tribunales son menos jurisdicciones que “co-legisladores” o “terceras cámaras” (*Ibidem*).

Además, en algunos pocos países las leyes tienen efectividad y, en otros, no tanto. Temo que suceda con Brasil, que tiene una legislación bastante avanzada en materia de prevención y lucha contra la corrupción (tal vez incluso superior a otros países menos corruptos) y una compleja red de control, implicando instituciones de control interno y de corrección (*Corregidurías*, *Controladorias* y *Ouvidorias*), de control externo (Tribunales de Cuentas, Policía, Poder Legislativo, Poder Judicial, Ministerio Público, Secretarías de Administración federal y estatal, Consejos de Justicia y del Ministerio Público, consejos sociales y asociaciones profesionales, tercer sector y otras instituciones y siglas), además de un entorno con amplia libertad de expresión y relativa transparencia en la gestión fiscal y actos gubernamentales. A pesar de todos estos instrumentos, los indicadores de corrupción están a niveles indeseables.

Específicos:

Son la acción de Mandato de Seguridad, la Acción Popular, *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, el Mandato de interdicción y la Acción Civil Pública.

Seguidamente, de forma breve, expondremos cada una de ellas.

C.3. Mandato de Seguridad

Instrumento previsto en el art. 5º de la Constitución Brasileña, incisos, LXIX y LXX, referentes a lo individual y a lo colectivo, es la tramitación rápida y adecuada para proteger el derecho líquido y cierto no amparable por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder sea una autoridad pública o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones públicas.

Se dice “líquido y cierto” el derecho que no depende de complejidad y cuando las pruebas pueden demostrarse claramente, es decir, sin necesidad de instrucción procesal. Es decir, la documentación habrá de adjuntarse a la petición inicial o solicitud por el juez a petición del reclamante, cuando sea aplicable, es

decir, si el documento necesario está en poder de autoridad que se recuse a proporcionarlo. Estando presentes los supuestos para su concesión (*fumus boni jûris* y *Periculum in mora*), podrá haber concesión de medida de requerimiento.

C.4. Acción Popular

Este instrumento al que puede acceder cualquier ciudadano en Brasil tiene fundamento constitucional y pretende anular actos lesivos en contra del patrimonio público o de entidad en la que el Estado participe, o de la moralidad administrativa, del medio ambiente y del patrimonio histórico y cultural¹¹⁶.

En el caso de que la acción sea juzgada procedente, el acto impugnado será anulado y la sentencia condenará a los responsables y a los beneficiarios al pago de pérdidas y daños.

C.5. Habeas Corpus

Es el instrumento heroico aplicable siempre que alguien sufra o se encuentre amenazado por sufrir violencia o coacción en su libertad de movimiento (ir, venir y transitar), por ilegalidad o abuso de poder.

C.6. Habeas Data

¹¹⁶ En artículo divulgado en la web del Superior Tribunal de Justicia (Br), bajo el título “Ação popular: STJ prestigia instrumento de control social de agentes públicos”, se registra un avance en la Jurisprudencia de la corte máxima de interpretación de las leyes federales, donde se extrae: “La acción popular es una de las más antiguas formas de participación de los ciudadanos en los negocios públicos, en la defensa de la sociedad y de sus valores. Actualmente, cuenta con una previsión constitucional (CF/88, artículo 5º, LXXIII) y es regulada por la Ley N. 4.717, de 1965. La acción materializa el derecho político fundamental, caracterizado como instrumento de garantía de la oportunidad que tiene cualquier ciudadano de supervisar los actos practicados por los gobernantes, de modo que se puede impugnar cualquier medida tomada que cause daños a la sociedad como un todo. En sus juicios, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) prestigia este relevante instrumento de ejercicio de la ciudadanía. En: STJ.GOV.BR el 09/08/2009

Es el instrumento procesal aplicable para asegurar el conocimiento o la rectificación de informaciones relativas a la vida del solicitante en relación a registros o banca de datos oficiales o de carácter público.

C.7. Mandato de interdicción

Es la medida para que el solicitante logre, en un caso concreto específico, mediante diligencia judicial, la disciplina necesaria indispensable para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía, frustrados por la ausencia de una norma reglamentaria, cuya falta pueda hacer inviable el ejercicio. Se trata, pues, de un medio de control de la inercia u omisión administrativa, cuando la norma que falta no sea una ley, sino el reglamento previsto en la misma.

C.8. Acción Civil Pública

Es el instrumento jurídico que puede utilizar no sólo el Ministerio Público, sino también la Unión, Estados y Municipios, autarquías, sociedades de economía mixta, empresas públicas, fundaciones, así como por parte de asociaciones, con la finalidad de proteger el medio ambiente, el consumidor, bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico, así como para responsabilizar a los causantes de lesiones a estos bienes.

C.9. Acción Civil Pública por Actos de Improbidad Administrativa

Hay que observar que la citada acción puede ser iniciada tanto por las personas jurídicas de derecho público interno (Unión, Estados y Municipios) como por el Ministerio Público, al mismo tiempo.

Cuando se haya incoada a instancias del Ministerio Público, según la Constitución Federal Brasileña, Art. 129, III¹¹⁷, también se destina a proteger el patrimonio público y social, así como otros intereses difusos y colectivos, en lo que está comprendida, también, la moralidad y la probidad en la administración pública.

En este punto, la diferencia entre la acción popular constitucional y la acción civil pública, cuando consideren oportuno anular los actos lesivos a la moralidad administrativa, reside exclusivamente en la legitimación activa: por la primera, está legitimado el ciudadano; por la segunda, el Ministerio Público.

Existe también la posibilidad de que el Ministerio Público utilice la Acción Civil Pública para obtener judicialmente la responsabilidad del agente público cuando comete los llamados actos de improbidad administrativa, que están enumerados en la ley específica y que son:

¹¹⁷ El Art. 129 de la Constitución Federal Brasileña dice que en las funciones institucionales del Ministerio Público son: “III - promover la comisión investigadora civil y la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos;”

1. Los que implican un *enriquecimiento ilícito*¹¹⁸ del administrador o terceros, cuyas penas son: pérdida de los bienes o valores aumentados ilícitamente del patrimonio, resarcimiento integral del daño, cuando haya, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de ocho a diez años, pago de multa civil de hasta tres veces el valor del incremento patrimonial y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aunque sea por medio de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, durante el plazo de diez años;

¹¹⁸ La ley n° 8429/92, art.9°, enumera una lista de hipótesis de enriquecimiento ilícito, que no son *numerus clausus*, a saber:

I - recibir, para sí o para otros dinero, bien mueble o inmueble, o cualquiera otra ventaja económica, directa o indirecta, a título de comisión, porcentaje, gratificación o regalo de quien tenga interés, directo o indirecto, que pueda ser alcanzado o amparado por acción u omisión derivadas de las atribuciones del agente público;

II - percibir ventaja económica, directa o indirecta, para facilitar la adquisición, permuta o locación de bien mueble o inmueble, o la contratación de servicios por las entidades públicas o subvencionadas por un precio superior al valor de mercado;

III - percibir ventaja económica, directa o indirecta, para facilitar la alienación, permuta o locación de un bien público o el suministro de servicio por un ente estatal por un precio inferior al valor de mercado;

IV - utilizar, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, equipos o material de cualquier naturaleza, de propiedad o a disposición de cualquiera de las entidades públicas o subvencionadas, así como el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por estas entidades;

V - recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirecta, para tolerar la explotación o la práctica de juegos de azar, de lenocinio, de narcotráfico, de contrabando, de usura o de cualquiera otra actividad ilícita, o aceptar promesa de tal ventaja;

VI - recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirecta, para hacer declaración falsa sobre medición o evaluación en obras públicas o cualquiera otro servicio, o sobre cantidad, peso, medida, calidad o característica de mercancías o bienes suministrados a cualquiera de las entidades públicas o subvencionadas;

VII - adquirir, para sí o para otros, en el ejercicio de mandato, cargo, empleo o función pública, bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcional a la evolución del patrimonio o a la renta del agente público;

VIII - aceptar empleo, comisión o ejercer actividad de consultoría o asesoramiento para persona física o jurídica que tenga interés susceptible de ser alcanzado o amparado por acción u omisión derivadas de las atribuciones del agente público, durante la actividad;

IX - percibir ventaja económica para intermediar la liberación o aplicación de dinero público de cualquier naturaleza;

X - recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirectamente, para omitir un acto de oficio, providencia o declaración al que esté obligado;

XI - incorporar, de cualquier forma, a su patrimonio bienes, rentas, dinero o valores integrantes del acervo patrimonial de las entidades públicas o subvencionadas;

XII - usar, en provecho propio, bienes, rentas, dinero o valores integrantes del acervo patrimonial de las entidades mencionadas en el art. 1° de esta ley.”

2. Los que causan *perjuicio al erario*¹¹⁹, con penas de: resarcimiento integral del daño, pérdida de los bienes o valores incrementados ilícitamente al patrimonio, si concurre esta circunstancia, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de cinco a ocho años, pago de multa civil de hasta dos veces el valor del daño y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aunque por medio de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de cinco años; y,

3. los que atentan *contra los principios de la administración pública*¹²⁰. En este caso las penas son: resarcimiento integral del daño, si ha,

¹¹⁹ La ley no. : 8429/92, 10°, de modo ejemplificativo, enumera las siguientes hipótesis:

I - facilitar o concurrir por cualquier forma a la incorporación al patrimonio particular, de persona física o jurídica, de bienes, rentas, dinero o valores integrantes del acervo patrimonial de las entidades públicas o subvencionadas;

II - permitir o concurrir a que persona física o jurídica privada utilice bienes, rentas, dinero o valores integrantes del acervo patrimonial de las entidades públicas o subvencionadas, sin la observancia de las formalidades legales o reglamentar aplicables a la especie;

III - donar a la persona física o jurídica así como al ente despersonalizado, aunque sea por fines educativos o asistencias, bienes, rentas, dinero o valores del patrimonio de cualquiera de las entidades públicas o subvencionadas, sin observancia de las formalidades legales y reglamentarias aplicables a la especie;

IV - permitir o facilitar la alienación, permuta o locación de un bien integrante del patrimonio de cualquiera de las entidades públicas o subvencionadas, o aún la prestación de servicio por parte de ellas, por un precio inferior al de mercado;

V - permitir o facilitar la adquisición, permuta o locación de bien o servicio por un precio superior al de mercado;

VI - realizar cualquier operación financiera sin observancia de las normas legales y reglamentarias o aceptar una garantía insuficiente o no idónea;

VII - conceder un beneficio administrativo o fiscal sin la observancia de las formalidades legales o reglamentarios aplicables a la especie;

VIII - frustrar la licitud de proceso licitatorio o dispensarlo indebidamente;

IX - ordenar o permitir la realización de gastos no autorizadas en la ley o en el reglamento;

X - actuar negligentemente en la recaudación de tributo o renta, así como en lo que concierne a la conservación del patrimonio público;

XI - liberar dinero público sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular;

XII - permitir, facilitar o concurrir para que un tercero se enriquezca ilícitamente;

XIII - permitir que se utilice, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, equipos o material de cualquier naturaleza, de propiedad o a disposición de cualquiera de las entidades públicas o subvencionadas, así como el trabajo de servidor público, empleados o terceros contratados por estas entidades.

XIV – celebrar contrato u otro instrumento que tenga por objeto la prestación de servicios públicos por medio de la gestión asociada sin observar las formalidades previstas en la ley;

XV – celebrar contrato de rateo de consorcio público sin suficiente y previa dotación presupuestaria, o sin observar las formalidades previstas en la ley.

¹²⁰ La ley n° 8429/92, art.11°, también ejemplifica:

“I - practicar un acto prohibido en la ley o en el reglamento o distinto de aquél previsto, en la regla de competencia;

pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de tres a cinco años, pago de multa civil de hasta cien veces el valor de la remuneración percibida por el agente y prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aunque por intermedio de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de tres años.

La Acción Civil Pública es, por lo tanto, el instrumento procesal adecuado que se confiere constitucionalmente al Ministerio Público Brasileño, de forma más amplia, para la afirmación de los derechos públicos.

A través de ella, el Ministerio Fiscal, representando la sociedad, busca el ejercicio del control popular sobre los actos de los poderes públicos, celando por la moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, teniendo en cuenta tanto la anulación de los actos irregulares como a la reparación de daños causados al erario, la pérdida de bienes injustamente conquistados, la pérdida de la función pública, la suspensión de los derechos políticos, el pago de multa y la prohibición de contratar con el poder público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios.

Se trata, pues, como podemos observar, de un instrumento temido por la clase política y por los administradores corruptos, puesto que las citadas sanciones son independientes de las otras de naturaleza penal, civil y administrativa y repercuten en la elegibilidad y en el bolsillo de los involucrados.

II - retardar o dejar de practicar, indebidamente, un acto de oficio;

III - revelar hecho o circunstancia del que tiene ciencia en razón de las atribuciones y que deba permanecer en secreto;

IV - negar publicidad a los actos oficiales;

V - frustrar la licitud de un concurso público;

VI - dejar de prestar cuentas cuando esté obligado a hacerlo;

VII - revelar o permitir que llegue a conocimiento de terceros, antes de la respectiva divulgación oficial, tenor de medida política o económica capaz de afectar el precio de mercancía, bien o servicio”.

D. Control realizado por el Ministerio Público

El Ministerio Público hace mucho que ha dejado de ser un agente del Estado para convertirse en un brazo fuerte de la sociedad que ya no está al servicio de las pretensiones dudosas del erario, sino al servicio, tanto del orden jurídico, como del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles. En este sentido, debe recorrer un camino en íntima comunión con el pueblo. En palabras de Paulo Bonavides:¹²¹

El Ministerio Público, por consiguiente, ni es gobierno, ni oposición. El Ministerio Público es constitucional; es la Constitución en acción, en nombre de la sociedad, del interés público, de la defensa del régimen, de la eficacia y salvaguarda de las instituciones.

Por este motivo, la concreción del derecho fundamental del ciudadano a una razonable administración pública impone que el Estado desarrolle formas de participación social y recomienda que utilice, con más propiedad, los instrumentos puestos a su disposición por el cuerpo de normas vigentes, desde la Constitución Federal, a las leyes complementarias y ordinarias.

En este contexto, no hay que menospreciar la gestión de las acciones post-lesión (exigiendo responsabilidades tras el perjuicio), que pretenden restaurar el orden violado, ya sea por la persecución de los infractores (vía Acción Penal Pública), o por la recuperación de los bienes y los dineros desviados por los políticos corruptos (por la gestión de las Acciones Civiles Públicas), muchas veces sin resultados satisfactorios, debido a los contornos formalísticos del proceso. Sin embargo, el Ministerio Público que la sociedad quiere construir actualmente debe ser protagonista de posiciones proactivas, es decir, que sea

¹²¹ BONAVIDES, P., *Teoria Constitucional da DEMOCRACIA PARTICIPATIVA*. São Paulo, 3ª. ed., Malheiros, 2008, p.384.

capaz de prevenir, en lugar de remediar, que sea capaz de luchar junto con la ciudadanía para concretar sus derechos (además de los individuales y políticos, los sociales), dejando de ser el mero fiscal de la ley ante el Poder Judicial para transformarse en un aliado de la sociedad también ante el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Su actuación, por así decir, debe ser de carácter preventivo y, preferentemente, no judicial.

Por consiguiente, relegando a un último plano las acciones penales y civiles públicas, el Ministerio Público debe utilizar las herramientas disponibles en el ordenamiento jurídico, tales como términos de Ajustamiento de Conducta, las Recomendaciones y las Audiencias Públicas, para debatir temas de interés social, contribuyendo a adecuar las acciones de gobierno a los principios y a las normas y, principalmente, para construir efectivamente una sociedad libre, justa y solidaria.

D.1. Términos de Ajuste de Conducta –TAC-

Las investigaciones de naturaleza civil presididas por el Ministerio Público, generalmente de investigación civil u otros procedimientos administrativos, pueden dar como resultado la formación de este importante instrumento jurídico que, como afirma Proença¹²², consiste en el compromiso de ajuste de conducta del investigado a las exigencias legales y posee las siguientes características:

- a) se trata de título ejecutivo extrajudicial, convirtiéndose en judicial, si es homologado por el juez;
- b) no se necesitan testigos principales;
- c) permite la ejecución de las obligaciones de hacer, independientemente de la previa acción de conocimiento;

¹²² PROENÇA, L.R., en *INQUÉRITO CIVIL, Atuação Investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p.121.

d) permite la ejecución por cuantía cierta, en cuanto a las sanciones pecuniarias, si se incumplen las obligaciones de hacer.

El citado instrumento es un acuerdo voluntario y consensual, que se aplica en las materias civiles relativas a la Infancia y a la Juventud, al consumidor, al orden económico, al patrimonio público, al medio ambiente o a cualesquiera otros intereses difusos o colectivos.

Conviene destacar que el TAC se utiliza para la prevención o para la reparación de daños en los que quepa, en teoría, la Acción Civil Pública, pudiendo el citado instrumento poner fin al procedimiento (efecto integral) o resolverlo sólo parcialmente, caso en que el procedimiento administrativo o la pretensión judicial persistirá, principalmente si tiene en cuenta la aplicación de pérdida de los derechos políticos por la práctica de acto de improbidad administrativa que, por ser derecho indisponible, requiere tutela judicial.

D.2. Recomendaciones

Recomendaciones son sugerencias u orientaciones hechas por el Ministerio Público, sin carácter normativo, coercitivo, impositivo o vinculante, pero sólo con efecto didáctico, pedagógico y preventivo.

La finalidad de la recomendación es contribuir al cumplimiento de una determinada norma que, según el agente ministerial, esté siendo incumplida.

En un Estado democrático de derecho, consagrador del principio de la legalidad como derecho fundamental, lo que es obligatorio es el cumplimiento de la ley, ya sea por parte del agente público ya sea por el privado, dado que nadie deberá ser obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley.

Por el modelo de Estado actualmente adoptado, quien detenta el poder o la función de afirmar el derecho, en última instancia, es el Poder Judicial, observado el debido proceso legal, con todos los recursos correspondientes. El

conocimiento de la ley es indispensable y todos tienen la obligación de obedecerla, bajo pena de las sanciones que deriven de la misma.

En el ámbito interno de cada Poder, órgano o entidad, en razón de la jerarquía existente, la autoridad administrativa superior puede determinar el modo de actuar del subalterno, el cual, no está obligado a cumplir una orden manifiestamente ilegal. Hay también las consultorías jurídicas internas que prestan sus pareceres con carácter vinculante y obligatorio, a los órganos de su estructura.

Evidentemente, no hay vinculación jerárquica o funcional entre el órgano del Ministerio Público y otros Poderes y éste no es un órgano del Poder Judicial, ni mucho menos detenta el monopolio del mejor juicio en materia jurídica.

Sin embargo, la recomendación, debidamente fundamentada, expresa el entendimiento unilateral del Ministerio Público, sin carácter normativo, y el destinatario puede, por la evidencia, hacer una interpretación distinta y, así, ignorar el posicionamiento del Ministerio Público.

No se puede combatir una simple recomendación por la vía judicial. Mediante las instancias internas del propio Ministerio Público, esto es posible solamente cuando se expida por agentes que desempeñen atribuciones que no les correspondan. De igual modo, podría haber impugnación interna, en las instituciones ministeriales organizadas con jerarquía entre órganos y sin autonomía funcional de sus agentes. Esta situación no se produce hoy en Brasil, donde los miembros gozan de la garantía constitucional de la independencia funcional.

La manera adecuada de oponerse a las recomendaciones del Ministerio Público es por la vía argumentativa, mostrando eventuales equivocaciones interpretativas. En la práctica, muchas recomendaciones son atendidas, ya sea porque la parte adversa se rinde a los fundamentos expuestos, ya sea porque atiende al interés público o, si queda bajo el ámbito de la discrecionalidad, resulta viable la opción sugerida. Así se evitan muchas

demandas judiciales. Por otro lado, si el destinatario de la recomendación no la acepta y el Ministerio Público tampoco lo reconsidera, sólo cabe la oposición y el enfrentamiento con las consecuencias que pueden derivarse, desde una acción judicial de obligación de hacer hasta una acción civil pública por acto de improbidad administrativa por desprecio al principio de la legalidad y de la moralidad, si es el caso.

D.3. Audiencias Públicas

Se trata de un instrumento de realización de la misión institucional del Ministerio Público, principalmente cuando actúa en defensa del régimen democrático y de los derechos sociales e individuales indisponibles.

La audiencia pública, mediada por el ministerio público, motiva el ejercicio de la ciudadanía en la participación popular y facilita el intercambio de información entre el administrador y el ciudadano. Sus principales características son la oralidad y el debate efectivo sobre las cuestiones pertinentes, incluida su aplicación siempre que estén en juego los derechos colectivos objeto de ajuste de conductas, recomendación o acción civil pública que deben ser eventualmente ponderadas.

La legislación brasileña prevé que se convoque audiencia pública también para la realización de la función administrativa, por cualquiera de los poderes de la Unión, incluso en los casos específicos que versan sobre medio ambiente, licitaciones y contratos administrativos, concesión y permiso de servicios públicos, servicios de telecomunicaciones y agencias reguladoras.

Cuando este instrumento se hace facultativo, como sucede en las instancias del Ministerio Público y del propio Poder Judicial brasileño, se observa una tímida e incipiente utilización de este mecanismo. Ello obedece al influjo cultural del hermetismo de la Justicia, que necesita aproximarse al pueblo y oxigenarse, en lugar de permanecer ajena a los deseos sociales, analizando fríamente la ley y olvidando que su aplicación debe tener en cuenta el universo

axiológico y social contenido en la misma, basado en el momento histórico que está viviendo. La norma general en sí deja abiertas varias posibilidades y, al ser aplicada al caso concreto, se debe hacer atendiendo a su finalidad social y al bien común.

D.4. Poder Investigador del Ministerio Público en el área Penal

Continúa siendo polémica la posibilidad de que el Ministerio Público, por medio de sus procuradores y promotores de Justicia, tome la iniciativa y la presidencia de investigación penal, estando pendiente ante la Suprema Corte brasileña la acción que cuestiona tal legitimidad, habiéndose verificado una momentánea y ajustada mayoría favorable al Ministerio Público (tres votos a dos, de un total de once ministros que componen la más alta corte de Justicia brasileña).

Las voces que se levantan en contra se basan en los siguientes argumentos:

- 1) No es función de la institución llevar a cabo investigaciones penales;
- 2) Que existe una institución pública, legítima y preparada para hacerlo, que es la policía judicial;
- 3) Que al Ministerio Público se le permite sólo, en términos del artículo 129, inciso VIII de la Constitución Federal, requisar las diligencias de investigadores y la instauración de investigación policial, indicando los fundamentos jurídicos de sus manifestaciones procesales;
- 4) Que, en lugar de permitir que la acción penal pueda presidir la investigación, por gozar de independencia funcional, la ley podría extender a los policías las mismas garantías otorgadas al Ministerio Público y a la Magistratura, es decir, el carácter

vitalicio (para los policías sólo la estabilidad, que es más restrictiva), la inamovilidad (inexistente para la carrera policial, y que significa la imposibilidad de transferencia y remoción del agente de la sede o de las funciones, salvo interés público comprobado, asegurando el principio contradictorio y el derecho de defensa) y la ausencia de jerarquía (rigurosamente incompatible con los principios de la independencia funcional y de la inamovilidad) ¹²³.

A partir de las posiciones jurídicas y políticas, afortunadamente, hay numerosas argumentaciones favorables al activismo del Ministerio Público brasileño, entre las que pueden destacarse:

- 1) Que es el titular privativo de la acción penal pública, según el artículo 129, I de la Carta Magna de Brasil.

En esta calidad, tanto puede requisar diligencias investigadoras e instauración de investigación policial, como presidirla, si así le conviene, en función de la materia que debe de investigarse o ante personas eventualmente implicadas. Ahora, si legalmente le cabe tal iniciativa, ¿por qué no sería también de su competencia los actos investigadores subyacentes a la acción? Al final, en Derecho existe un principio según el cual quien pueda lo más, puede lo menos.

La investigación policial no es una pieza indispensable para la acción penal, conforme al código de ritos y a la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia brasileño.

El Ministerio Público puede basar la acción penal pública en otras piezas de información que concreten una justa causa para la denuncia.

Sin embargo, es principio basilar de la hermenéutica constitucional el de los “poderes implícitos”, según el cual, cuando la Constitución Federal concede los fines, da los medios. Si la actividad fin - promoción de la acción

¹²³ ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª Ed. Salvador, Atlas, 2006, p.238.

penal pública - se otorga al Ministerio Público en foro de privacidad, no se concibe como no se concede la recopilación de pruebas para ello, ya que el Código de Procedimiento Penal Brasileño autoriza que “piezas de información” pueden fundamentar la denuncia.

- 2) La investigación del MP no excluye el trabajo policial, pero lo complementa. Los enemigos de la Policía y del Ministerio Público están fuera de éstos, que deben unir fuerzas en la lucha contra el delito y la red de corrupción.
- 3) En casos de corrupción y delitos de guante blanco, los investigadores tienen que disfrutar de ciertas garantías de independencia, como el carácter vitalicio e inamovible del que actualmente sólo gozan los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial;
- 4) La historia reciente ha demostrado que muchos han sido los casos de presidentes de tribunal, policías, jueces, procuradores, diputados federales y gobernadores, mega-evasores fiscales y poderosos jefes del delito organizado que fueron investigados, procesados, juzgados, condenados y aún hoy cumplen pena en régimen cerrado, gracias a la feliz iniciativa de persecución desarrollada por el Ministerio Público;
- 5) En el caso de que el Supremo Tribunal Federal considere inconstitucional el poder investigador del Ministerio Público, habría que invalidar muchas condenas tramitadas en juzgado, lo que representaría un perjuicio irreparable a la paz y a la moralidad pública.

En nombre de una interpretación principiológica, es imprescindible que se eviten interpretaciones literales y restrictivas de las normas constitucionales, que tienen por naturaleza una alta carga de valores implícitos y explícitos (*mens legis*), muchas de ellas, en el caso concreto, en colisión. El

intérprete debe ayudarse de principios tales como proporcionalidad y racionalidad, buscando siempre una interpretación conforme a la Constitución, que atienda a los objetivos fundamentales del Estado Democrático de Derecho, principalmente el pilar de la Justicia, y también el valor de seguridad jurídica y principios como interés público, igualdad de todos ante la ley y principio de eficiencia. Así, se debe buscar siempre una interpretación más amplia y abierta de la constitución y de las leyes.

Asimismo, resulta cada vez más conveniente desarrollar esfuerzos teóricos y prácticos para, incluso antes de diseñar el deseado escudo del Estado contra la corrupción, frenarlo en la medida de lo posible.

El desafío se muestra al compatibilizar las conductas de las instituciones que integran la red de control de la corrupción: Comisión parlamentaria de Investigación –CPIS- (*Comissões Parlamentares de Inquérito*), Instituto Brasileño del Medio Ambiente y Recursos Naturales Renovables – IBAMA-, Banco Central –COAF-, autoridades de la Hacienda pública (Secretarías de la Receta Federal y Secretarías Estatales de Hacienda), Tribunales de Cuentas de la Unión y de los Estados ¹²⁴ – TCUs y TCEs-, *Corregidurías* y *Controladorías* de Control Interno y otras), en el seno de la cual se encuentra en una posición destacada el Ministerio público, con las garantías constitucionales del Estado Democrático de Derecho, que asegura la efectividad de los derechos individuales y colectivos de todas las generaciones.

Según GOMES ¹²⁵, la exclusividad se otorga la policía federal según el art. 144, 1º, IV, de la Constitución Brasileña, de acuerdo con el Supremo Tribunal Federal, en relación con sus funciones ante a las demás policías. Esta disposición no impide que otros órganos (como el Ministerio Público, por ejemplo) investiguen delitos, incluso los de atribución de la policía federal. Lo

¹²⁴ En relación a la situación en España, *vid.* ARRENDÓ ORBAÑANOS, M.A., “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. I, nº3, pp.61-89; también, NIETO DE ALBA, U., “Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales”, *Revista Española de Control Externo*, vol.8, 23, 2006, pp.13-26.

¹²⁵ GOMES, L. F., *STF confirma poder de investigação do MP*. Disponible en <<http://www.lfg.com.br> ->. 19 noviembre. 2009.

que no se puede es que otro tipo de policía investigue delitos que son de responsabilidad federal.

El Ministro Celso de Mello, en el ámbito de otros juzgados de la propia Suprema Corte, viene proclamando que la investigación penal por parte del Ministerio Público es legítima y constitucional y que la misma posee un carácter competidor y subsidiario. Es decir, no existe exclusividad (tampoco) por parte del Ministerio Público. Pero tampoco se le impide que lleve a cabo sus propias investigaciones, según el art. 129 de la Constitución Federal, que le confiere poderes para instaurar no sólo la investigación civil, sino también la penal. También las leyes orgánicas de los Ministerios Públicos confirman este poder.

En los casos en que se investiga un policía, tal investigación de la policía puede ser cuestionable, por lo que la legitimidad del Ministerio Público se amplía más, dado que su autonomía e independencia no impiden controlar y depurar los hechos informados. En los delitos cometidos por policías (violencia, corrupción y otros), muchas veces, sólo el Ministerio Público es el que puede cumplir bien el papel de investigación, destinado al cumplimiento del mandato constitucional de ofrecer seguridad a la población (no dejando, especialmente en los delitos graves, que aumente la cifra de la impunidad), apunta el citado Doctor por la Universidad Complutense de Madrid.

Por consiguiente, en nombre del supremo interés público y respeto de los derechos fundamentales es necesario disciplinar y estandarizar el poder de investigar que el Ministerio Público viene ejerciendo, mostrando resultados y contando con el beneplácito de la sociedad brasileña. Eliminarlo, podría acarrear serios daños en la lucha contra el delito organizado, al lavado de dinero y a los delitos contra la administración pública, a modo de premio para el delincuente, responsable del pillaje o saqueo del dinero público.

D.5. Poder Investigador del Ministerio Público en el área civil

La investigación civil es el instrumento dado por el legislador al Ministerio Público para que éste pueda cumplir eficazmente sus objetivos constitucionales en materia civil, en defensa de los intereses sociales, difusos o colectivos, e individuales indisponibles. La citada investigación, que podrá instruir la eventual Acción Civil Pública, tendrá como objeto de investigación, por tanto, el patrimonio público, el medio ambiente, el patrimonio histórico, cultural, artístico, turístico o paisajístico, la eficiencia del servicio público o de relevancia pública, los derechos indisponibles de la infancia y del adolescente, de los ancianos, de las personas con necesidades especiales, de los consumidores, en fin, de la causa social y del bien común.

A través de este procedimiento el órgano, que es sólo uno de los legitimados (destacamos) para el manejo de la acción civil pública, asume, con exclusividad, poderes de investigación así definidos:

1. Poder de notificación para recoger declaraciones;
2. Poder de requisar, de cualquier organismo público o privado, documentos, certificados, informaciones, exámenes o pericias;
3. Poder de inspección;
4. Poder de determinar la conducción coercitiva de personas para declarar;
5. Poder de efectuar recomendación a los servicios públicos y de relevancia pública, fijando un plazo para su adecuación;
6. Poder de libre acceso a cualquier lugar público o privado, respetando sólo las reglas que tratan la inviolabilidad de domicilio;
7. Poder de acceso a cualquier banco de datos público;

8. Poder de requerir la instauración de procedimientos administrativos por otros órganos.

No podemos olvidar que tales poderes, como sucedió con todos los otorgados por la ley al agente público, son deberes y tienen como objetivo o por finalidad el servicio al interés público, motivo por el cual los actos deben ser siempre fundamentados. Con este conjunto de poderes, a pesar de la escasez de recursos materiales y humanos, el Ministerio Público brasileño ya escribió muchas páginas, pero aún quedan muchas otras por escribir en la defensa de los derechos fundamentales, principalmente los de segunda y tercera generación, los derechos sociales o de igualdad y los derechos de fraternidad o solidaridad.

E. Ouvidorias

Ya nos hemos referido a los controles internos y externos en el apartado 4, *retro*, como importantes y obligatorios para que el control institucional se procese sobre cada poder.

La *Ouvidoria* tuvo origen en Suecia, como función garante de los derechos constitucionales, en la figura del *ombudsman* u *ouvidor* -Defensor del pueblo-, término que puede ser traducido como procurador o abogado del ciudadano ante el Estado.

Cabe resaltar que, hoy en día, cuando el interés que debe encontrar respaldo ante el Estado tiene naturaleza colectiva o individual *indisponible*, su función se confunde con la del Ministerio Público, que está dotado de instrumentos extrajudiciales (poder de recomendación, requisa, etc.) y judiciales (acción civil o penal pública) para la defensa de los derechos. Cuando versa sobre derechos colectivos o individuales *disponibles* y la parte no pueda sostener los costes del proceso, la función del *ouvidor* puede ser desempeñada por las *Defensorias Públicas*.

A pesar de las críticas acerca de la superposición o coincidencias de funciones, las *ouvidorias* surgen, así, como un canal más de comunicación eficaz entre gobernantes y gobernados – gobierno y ciudadano-contribuyente-usuario, donde el flujo de informaciones y resultados sea una vía de doble carril, teniendo como objetivo el de establecer una permanente y estrecha relación del Estado con los destinatarios del servicio público.

En este sentido, el Estado abre aún más una posibilidad de que el contribuyente sea escuchado (reclamaciones, denuncias, sugerencias, dudas e incluso elogios), para dirimir la procedencia y veracidad, todo para hacer un

servicio de calidad, posibilitando el fortalecimiento de la ciudadanía, en el marco de una gestión participativa.

Por lo tanto, la *ouvidoria* es un órgano que está cada vez más presente, tanto en las organizaciones públicas como privadas, actuando como el representante de la sociedad junto a la institución. En el marco del servicio público, es más un instrumento de control que se viene a sumar a la red oficial. Hay que tener el cuidado, igualmente, para que no se traduzca en fraude más contra el pueblo.

En España se cuenta con el defensor del Pueblo, que es una figura institucional que deriva de la figura sueca *Ombudsman* (comisionado o representante) y encargada de velar por el respeto de los derechos que el Título I (aunque en la práctica se extiende a todos los derechos constitucionales) de la Constitución del 78 otorga al ciudadano, pudiendo inclusive para ello supervisar la actividad de la Administración¹²⁶.

La Constitución española de 1978 dice en su artículo 54: «*Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales*».

Regulado por la *Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo*, da su definición el art. 1: «*es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley*».

Por tanto puede supervisar la actividad de la Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales, incluyendo la propia actividad de los ministros. Además de poder

¹²⁶ www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/.../Otros/.../origen.pdf

supervisar la actuación de las empresas públicas y de los agentes o colaboradores de las Administraciones, cuando realizan fines o servicios públicos¹²⁷.

F. Controles sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público

El autocontrol es ejercido sobre los miembros del Poder Judicial y sobre el Ministerio público a través de sus respectivas *corregidurías* y consejos (de la magistratura y del Ministerio público, respectivamente). Éstos son, por tanto, órganos internos, comandados por el miembro de más alta jerarquía y tienen la misión de orientar las actividades funcionales y supervisar la conducta de los demás, aplicándoles sanciones. No pueden dimitir ya que este trámite solo se activa en los tribunales mediante la correspondiente acción judicial propia, para los agentes de carácter vitalicio.

Compete a las *corregidurías* realizar inspecciones, correcciones, recomendaciones, presidir el proceso administrativo-disciplinario, así como mantener una banca de datos capaces de facilitar ayudas para la evaluación de los candidatos potencialmente habilitados para su promoción.

Además de este control interno, también existen controles externos, tanto por parte del Poder Legislativo, con la ayuda de los tribunales de cuentas, en lo que se refiere a la fiscalización financiera en general y al cumplimiento de metas de gestión fiscal, así como por la posibilidad de procesar y juzgar a sus máximas autoridades por delito de responsabilidad.

¹²⁷Para mayor información, *vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*. Universidad del Alcalá, 2010. Recomendamos, especialmente pp. 107-140, en las que se ocupa de “Las funciones del Defensor del pueblo en el Estado Constitucional”.

Además, tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público, en el caso de Brasil, cuentan con otras instancias de control híbrido (interno y externo). Para ello se han creado el Consejo Nacional de Justicia –CNJ- y el Consejo Nacional del Ministerio Público –CNMP-, mediante la EC 45/2004. Es de su competencia, básicamente, el control de la actuación administrativa y financiera y tienen la función de velar por la observancia de los principios administrativos contemplados en el art. 37, de la Constitución Federal Brasileña, como son legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

El Consejo Nacional de Justicia –CNJ- es un órgano dirigido a la reformulación de cuadros y medios en el Poder Judicial, especialmente con respecto al control y a la transparencia administrativa y procesal. Fue creado el 31 de diciembre de 2004 e inició su andadura el 14 de junio de 2005. Se trata de un órgano del Poder Judicial con sede en la capital del país y con competencia en todo el territorio nacional, que tiene como objetivo, mediante acciones de planificación, coordinación y control administrativo, perfeccionar el servicio público de prestación de la Justicia.

Fue instituido siguiendo lo establecido en la Constitución Federal brasileña, según el art. 103-B. Está compuesto por 15 (quince) miembros con mandato de 02 (dos) años, admitiendo una renovación, siendo (según la Enmienda Constitucional n° 61, de 2009):

- El Presidente del Supremo Tribunal Federal (redacción dada por la EC n° 61, de 2009);
- Un Ministro del Superior Tribunal de Justicia, que será el *Corregidor* Nacional de Justicia;
- Un Ministro del Tribunal Superior del Trabajo;
- Un Desembargador de Tribunal de Justicia;
- Un Juez Estatal;

- Un Juez del Tribunal Regional Federal;
- Un Juez Federal;
- Un Juez del Tribunal Regional del Trabajo;
- Un Juez del trabajo;
- Un Miembro del Ministerio Público de la Unión;
- Un Miembro del Ministerio Público Estatal;
- Dos abogados, indicados por el Colegio de los Abogados de Brasil;
- Dos ciudadanos de notable conocimiento jurídico y reputación intachable, designados por la Cámara Federal y por el Senado Federal.

Además de las atribuciones otorgadas por el Estatuto de la Magistratura, el CNJ tiene las siguientes atribuciones, previstas en el art. 103-B, § 4º, de la Constitución Federal:

- En el ámbito de la Política Judicial: velar por la autonomía del Poder Judicial y por el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura, expidiendo actos normativos y recomendaciones;
- En el ámbito de la Gestión: definir la planificación estratégica, los planes de metas y los programas de evaluación institucional del Poder Judicial;
- En el ámbito de la prestación de Servicios al Ciudadano: recibir reclamaciones, peticiones electrónicas y representaciones contra miembros u órganos del Poder Judicial, incluso contra sus servicios auxiliares y órganos prestadores de servicios notariales y de registro que actúen por delegación del poder público u oficializado;
- En el ámbito de la Moralidad: juzgar procesos disciplinarios, asegurando una amplia defensa, pudiendo determinar la remoción, la

disponibilidad o la jubilación con subsidios o beneficios proporcionales al tiempo de servicio, y aplicar otras sanciones administrativas;

- En el ámbito de la Eficiencia de los Servicios Judiciales: mejores prácticas y celeridad: elaborar y publicar semestralmente un informe estadístico sobre cuestiones procesales y otros indicadores pertinentes a la actividad jurisdiccional en todo el País.

La creación del Consejo Nacional de Justicia representa, así, otro importante instrumento de control de la corrupción dentro de las competencias del Poder Judicial brasileño y, durante el poco período de funcionamiento, ya ha dado muestras de que está habilitado para cumplir su papel, luchando contra las diversas prácticas nefastas en el ámbito de la administración de la Justicia brasileña, desde el alejamiento de jueces y *desembargadores* que actúan con desidia hasta la eliminación de la práctica del nepotismo o que favorecen a parientes en la ocupación de cargos *ad nutum* en la estructura del Poder Judicial brasileño.

Asimismo, se ha instituido también el Consejo Nacional del Ministerio Público brasileño (CNMP) mediante la Enmienda Constitucional n° 45, de 30 de diciembre de 2004, con atribución de control de la actuación administrativa y financiera del Ministerio Público y del cumplimiento de los deberes funcionales de sus miembros.

El CNMP se ha creado en junio de 2005, tiene sede en la capital de la República y actuación en todo el territorio nacional. Está compuesto por 14 (catorce) miembros:

- El Jefe del Ministerio Público Federal, el Procurador-General de la República, que lo preside;
- Cuatro miembros del Ministerio Público de la Unión;
- Tres miembros del Ministerio Público de los Estados;

- Dos jueces, siendo uno indicado por el Supremo Tribunal Federal y otro por el Superior Tribunal de Justicia;

- Dos abogados, indicados por el Consejo Federal del Colegio de los Abogados de Brasil; y

- Dos ciudadanos de notable conocimiento jurídico y reputación intachable, indicados uno por la Cámara de los Diputados y otro por el Senado Federal.

Entre las competencias del CNMP, conforme al artículo 130A, §2º, de la Constitución Federal de Brasil, tenemos:

- velar por la autonomía funcional y administrativa del Ministerio Público, pudiendo expedir actos reglamentarios, en el ámbito de su competencia, o recomendar providencias;

- velar por la observancia del art. 37 de la Constitución Federal, con respecto a la administración pública, y apreciar la legalidad de los actos administrativos practicados por los miembros o los órganos del Ministerio Público de la Unión y de los Estados;

- recibir reclamaciones contra los miembros o los órganos del Ministerio Público de la Unión o de los Estados, incluso contra sus servicios auxiliares, sin perjuicio de la competencia disciplinaria y correccional de la institución, pudiendo dirigir procesos disciplinarios en curso, determinar la remoción, la disponibilidad o la jubilación con subsidios o complementos proporcionales al tiempo de servicio y aplicar otras sanciones administrativas, asegurando una amplia defensa;

- revisar los procesos disciplinarios de los miembros del Ministerio Público de la Unión o de los Estados juzgados hace menos de un año;

- elaborar un informe anual, proponiendo las providencias que juzguen necesarias sobre la situación del Ministerio Público en el País y las actividades del Consejo.

Además, cualquier ciudadano o entidad puede dirigirse al Consejo Nacional del Ministerio Público para hacer reclamaciones contra los miembros o los órganos del Ministerio Público, incluso contra sus servicios auxiliares.

De esta forma, estos consejos, a pesar de ser constituidos de forma híbrida y predominando en su mayoría miembros de sus respectivas instituciones, representan un paso más en el control de la moralidad y, en poco más de cinco años, ya han mostrado más resultados que las corregidurías, de control exclusivamente interno, que no han mostrado en cien años.

En España, la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia destaca la importancia de conseguir una Justicia responsable ante los ciudadanos para lo que prevé que puedan formular quejas y sugerencias sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia y exigir las reparaciones a que hubiera lugar. La posibilidad de formular sugerencias contribuye a que los ciudadanos participen en la mejora de este importante servicio público.

Ya el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril de Defensor del Pueblo establece que cuando el Defensor reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Fiscal para que éste investigue y adopte las medidas oportunas, en su caso, para subsanar las deficiencias expuestas. Es decir que desde esa fecha y por esta vía los Fiscales reciben e investigan el contenido de las quejas formuladas por los particulares al Defensor del Pueblo.

También el Consejo General del Poder Judicial tramita quejas, denuncias y sugerencias formuladas por los ciudadanos a través de su Unidad de Atención al Ciudadano ubicada en la c/ Trafalgar 27-29 de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 1/1998. Y al amparo de la misma

normativa resuelven reclamaciones los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, los Presidentes de las Audiencias y los Jueces Decanos¹²⁸.

¹²⁸ En la actualidad la Fiscalía General del Estado cuenta también con un servicio de Atención al Ciudadano cuyas funciones son: a) Tramitar las reclamaciones, quejas y sugerencias formuladas por los ciudadanos por correo enviado a su sede en la c/ Fortuny nº 4 de Madrid o por correo electrónico , haciéndolas llegar en su caso al órgano competente para resolverlas, si no fuera la propia Fiscalía General; b) Facilitar información sobre organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal y sobre los distintos procedimientos judiciales en los que interviene, siempre en este último caso que la información solicitada sea de carácter general.

G. Control Social

El ejercicio de la ciudadanía supone la participación y el control de la sociedad sobre la administración pública, desde la formulación y deliberación de políticas públicas, pasando por su implementación hasta la fiscalización, representa la concreción de los derechos de ciudadanía, por medio de la democratización de los derechos civiles y políticos y es una característica esencial del Estado democrático de derecho.

Tal posibilidad deriva del derecho fundamental de todo ciudadano a una administración razonable, como hemos mencionado anteriormente, y no sólo una administración formalmente correcta.

Así, los controles gubernamentales y sociales deben ser complementarios, de ahí porqué la participación del ciudadano no debe limitarse tan sólo a la democracia representativa, cuyo poder social se termina en el momento de la elección de sus representantes.

Ahora, si todo puede emanar del pueblo y en su nombre se debe ejercer, el Estado democrático de derecho debe asegurar mecanismos de participación y control social en las decisiones políticas, para que el ciudadano sea llamado a ser sujeto y no sólo destinatario de las acciones del Estado.

La democracia, así, de forma institucional representativa, puede y debe coexistir con la democracia directa y participativa.

En este sentido, se debe estimular la creación de consejos comunitarios de políticas públicas en las áreas de educación, salud, seguridad, justicia, derechos fundamentales etc., así como debe asegurarse la práctica de institutos políticos además del voto, como referéndum, plebiscito, iniciativa

popular de proyectos de ley y participación popular en la elaboración de leyes presupuestarias ¹²⁹.

De igual modo, las instancias de los tres poderes deben fomentar la participación social a través de audiencias públicas para orientar más adecuadamente no sólo las proposiciones legislativas, sino también las sentencias que emita el Poder Judicial.

La participación de los ciudadanos en las decisiones judiciales, como sucede con los tribunales del Jurado popular, debe ser ampliada y mejorada, con competencia para el juicio de delitos contra la vida, contra la administración pública y también para el juicio de las acciones civiles de improbidad administrativa, cuyas penas son más severas que las penales, puesto que afectan a la parte más sensible del ser humano –el bolsillo– y, en el caso de los políticos profesionales, los derechos políticos, la elegibilidad.

El pueblo que otorga una procuración, un mandato a sus representantes, como apunta Bonavides¹³⁰, debe tener a su disposición “para el desempeño de una libre y efectiva y soberana participación, los instrumentos de control de esta participación, porque sino, esa soberanía sería ilusoria. Esto es lo que suele acontecer en las llamadas democracias del Tercer Mundo, donde tras una especie de cortina de democracia se ocultan las más opresivas dictaduras sociales de confiscación de la libertad humana”.

G.1. Factores que Desaniman el Control Social

Hay varios aspectos políticos, culturales y jurídicos que se ponen como obstáculos a este control, a saber:

1) Analfabetismo;

¹²⁹ El presupuesto participativo de Porto Alegre constituye un buen ejemplo. *Vid.* FONT, J., (coordinador), *Ciudadanos y decisiones públicas*. Barcelona, Ariel, 2001.

¹³⁰ BONAVIDES, P., *Os Poderes Desarmados*. São Paulo, Ed. Malheiros, p.27.

- 2) Falta de una cultura participativa y de fiscalización
- 3) Clientelismo político;
- 4) Falta de efectividad en el acceso al Poder Judicial;
- 5) Tráfico de influencia;
- 6) Asistencialismo o paternalismo político;
- 7) Dificultades de acceso a las informaciones públicas; y
- 8) Persecuciones de todo orden (violencia, amenaza, corrupción, delitos...).

El principal de todos ellos, en nuestra opinión, es el factor cultural puesto que, aunque hubiera una disposición política y se pusiera a disposición del pueblo el instrumental jurídico necesario y suficiente para el control, no se adelantaría nada si no hubiera motivación y disposición de los gobernados para dirigir efectivamente sus propios destinos.

CONCLUSIONES

Y

**PROPUESTAS PARA POTENCIAR EL
CONTROL Y DISMINUIR LA
CORRUPCIÓN**

1. Acerca de la Democracia, Partidos Políticos, Ciudadanía y Virtudes Cívicas

La versión idealizada de la democracia ateniense correspondía a una democracia deliberativa y participativa de la mayoría, presentándose hoy como utópica. Todos los ciudadanos, reunidos en el Ágora, podían hacer propuestas sobre los diversos asuntos que trataban, discutiendo, corrigiendo sus juicios y tomando decisiones. En contrapartida, las democracias contemporáneas reposan en el otro extremo: las decisiones son adoptadas por representantes, en un entorno donde predominan procesos de negociación y existen amplios ámbitos de decisión que dejan al margen los intereses y las necesidades de mayorías y minorías, protegidas por derechos e instituciones contramayoritarias

Los partidos políticos son los que hacen posible la elección de los representantes del pueblo. Este modelo colectivo, sin embargo, viene perdiendo legitimidad, ante el hecho de servir, muchas veces, a intereses corporativos o privados y esencialmente contrarios al interés común y general. La teoría elitista coloca la competencia para decidir políticamente por encima de la noción de representación, lo que permite la desmitificación de que los representantes manifiestan necesariamente la voluntad de sus representados. Así, resulta cada vez más necesaria la adopción de un código ético para los políticos, del mismo modo que existen códigos deontológicos para determinados colectivos profesionales tales como abogados, médicos, periodistas y otras clases.

La ciudadanía es condición de la persona que vive en una sociedad libre, donde impera la democracia y los ciudadanos pueden ejercer las libertades. La ciudadanía se desdobra en un conjunto de derechos y deberes.

La ciudadanía liberal, procedente del estado liberal del inicio de la Revolución Francesa del siglo XVIII tiene como características la libertad y la autonomía del hombre, poniendo el énfasis en el individualismo, en los derechos individuales y en el mercado como regulador y distribuidor de recursos. La ciudadanía republicana pone el acento en los derechos políticos (elegir, ser elegido, participar activamente en el debate y en la elaboración de las decisiones políticas) y en el acceso a los cargos públicos en igualdad de condiciones. El interés público tiene primacía sobre el interés individual. Por su parte, la ciudadanía comunitarista, parte de la invención mística de la tribu, con valores morales, culturales y religiosos que deben ser contemplados por la ley y por las políticas públicas. Los derechos relacionados con el pluralismo corresponden a las llamadas ciudadanías de tipo diferenciada, multicultural, postnacional, cosmopolita, transnacional y transcultural.

La virtud cívica requiere una postura republicana, es decir, la participación activa del ciudadano en los asuntos y acontecimientos públicos, que el ciudadano salga de su individualidad y, principalmente, de su pasividad y comience a dedicarse al bien común. Tal característica, sin embargo, no es inherente al hombre, sino que se le debe motivar en aras de lograr una mejora de la calidad de las instituciones y del fortalecimiento de la democracia.

Para el político, entre otras virtudes, son importantes las apuntadas por la llamada “Comisión Nolan”, que fue creada en Gran Bretaña en 1994, y formuló siete principios básicos que debían regir las instituciones públicas: altruismo, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo.

La corrupción encuentra terreno fértil en países donde escasean las virtudes cívicas, donde no predomina una ciudadanía republicana impregnada en la cultura del pueblo y donde no hay una democracia fuertemente implantada.

2. Acerca de la Corrupción

Conceptualmente, seguimos la postura de J. Malem Seña, para quien los actos de corrupción son conductas que violan, de forma activa o pasiva, un deber funcional con el objetivo de obtener un beneficio particular de cualquier naturaleza. Con relación a la esfera estatal, por tanto, cabe destacar que la corrupción se manifiesta a través del agente público o ante este, por el uso, abuso u omisión del poder, lo que resulta una ventaja indebida para sí mismo o para terceros, ocasionando o no perjuicio al erario.

La corrupción tiene raíces en la naturaleza humana, pero encuentra límites en la ética, en la moral y, principalmente, en el Estado democrático de derecho. En el Estado absoluto, donde el súbdito no tenía derechos, la corrupción, así como todos los asuntos públicos, era competencia del monarca. Con la democracia, desde el modelo liberal hasta el social, el ciudadano es la pieza clave, puesto que es destinatario de los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales, que tienen el poder de elevar el bienestar de la sociedad, mediante acciones intervencionistas, reduciendo las desigualdades. En este sentido, la corrupción influye negativamente en las tareas públicas y debilita el régimen democrático.

Los actores de la corrupción son el corruptor y el corrupto, aunque también cabe citar la figura del defraudador. De una manera general, pueden ser actores tanto contratistas, licitadores y compradores de empresas estatales como financiadores de campañas y funcionarios, agentes políticos o quien ejerce alguna función estatal. Las desviaciones de conducta deben conllevar las responsabilidades en las esferas administrativa, política, penal y civil. El resarcimiento al erario es el gran desafío, lo que muestra la necesidad de cerrar los agujeros por donde escapan los recursos públicos, habiendo sobradas razones para invertir en prevención mucho más que en represión.

La llamada improbidad administrativa puede generar o no un perjuicio al Estado, conllevar o no el enriquecimiento ilícito del infractor o, simplemente, representar un incumplimiento del deber de conducta del empleado

sin ninguna repercusión patrimonial. Así, la violación graciosa de un secreto de Estado configura un acto de improbidad, aun cuando no pueda ser catalogada como corrupción, en los límites conceptuales trazados.

Los efectos de la corrupción no son sólo económicos, sino que repercuten (principalmente) en los fundamentos del Estado de Derecho, en la soberanía popular y en la ciudadanía. Económicamente, desde el punto de vista del sector privado, los sobornos entran en la composición de los costes y acaban siendo transferidos al ciudadano. En otra perspectiva, los recursos desviados de los presupuestos impiden que el Estado-providencia o social reduzca las desigualdades, dada la imposibilidad de avanzar en la justicia distributiva, que consistiría en inversiones patrimoniales en salud, vivienda, seguridad, educación y políticas de generación de empleo y renta. Cuando la corrupción se da en la esfera política, ante la financiación irregular o inadecuada de campañas electorales, genera un desequilibrio en la disputa, una desigualdad en la competición entre los partidos políticos que tendrá su reflejo en los gobiernos futuros. Estas inversiones privadas, lejos de ser actitudes cívicas y sin pretensiones de ciudadanos y empresas, casi siempre crean un vínculo entre financiadores y financiados, con la consiguiente flexibilización de patrones legales en las licitaciones y en los nombramientos de cargos públicos, que dejan de guiarse por la isonomía y por criterios meritocráticos.

También la corrupción en el Poder Judicial es un motivo de preocupación, puesto que éste es el órgano encargado de afirmar el derecho en última instancia y, por tanto, tiene el poder de cimentar las injusticias perpetradas por otros poderes y por la sociedad en general, debilitando la seguridad jurídica y la justicia, pilares que sustentan el Derecho.

Vemos también algunos factores que alimentan la corrupción, en toda la estructura del Estado, como decisiones arbitrarias, reclutamiento de empleados por criterios ajenos al mérito, corporativismo, impunidad e ineficiencia de los mecanismos de represión, tolerancia con la corrupción y con los corruptos, se favorece a los correligionarios políticos y a los donantes de las campañas en las

licitaciones públicas. Entre estos factores, vislumbramos la impunidad, tanto con respecto a la inadecuación de las sanciones, como a los grandes propulsores de la corrupción. De ahí porqué las instancias de control tienen una gran parcela de responsabilidad en la lucha anticorrupción.

La globalización de los mercados es vista como una imposición preliminar de la economía que suscita una globalización política. En este sentido, el fenómeno de la globalización puede convertirse en un aliado en la lucha contra la corrupción, que es igualmente un fenómeno global, a través de entidades como la ONU, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE-, la Organización de los Estados Americanos –OEA-, la Transparencia Internacional para la Latinoamérica y El Caribe (Argentina) -TI-LAC, *The Center for Public Integrity* (Washington, USA), *Americas Accountability Anti-corruption Project* (Arlington, USA) y *Transparency International*.. Además, la globalización política, en la esfera de la normatividad, produce efectos en los derechos fundamentales, individuales, políticos y sociales y, en especial, en la última fase de institucionalización del Estado social que es el derecho a la democracia, al pluralismo y a la información, sin los cuales los derechos fundamentales no podrán concretizarse en su plenitud.

La regla de la transparencia sólo choca en situaciones excepcionales que afecten a aspectos ligados a la seguridad pública y nacional o a situaciones que puedan comprometer la eficiencia de la lucha al delito.

La preocupación por el control remonta a la creación del Estado contemporáneo. La idea de la división del poder estatal se basó en la constatación de los ilustrados Locke y Montesquieu acerca de que de la concentración de poder deriva la tentación a abusar del mismo, por lo que es necesario que haya, en primer lugar, un control político del Poder por parte del propio Poder, un sistema de controles y contrapesos (*checks and balancees*), con Poderes independientes y armónicos. En segundo lugar, deben existir otras formas de control como medios para prevenir y reprimir la corrupción. La gran cuestión es: “¿Quién controla al controlador?”

3. Acerca de los Controles en la administración pública como mecanismos de prevención y represión

La adopción de medidas preventivas y represivas contra actos de corrupción, por parte del Estado, y el fortalecimiento de la participación de la sociedad, mediante el fomento a posturas republicanas del ciudadano frente a los asuntos y acontecimientos públicos, son fundamentales para el éxito en la lucha contra la corrupción.

Efectivamente, la existencia y utilización correcta de mecanismos políticos, jurídicos y administrativos de control se muestran esenciales para el fortalecimiento de las instituciones en este proceso.

El control político, esencialmente preventivo, se relaciona con las instituciones políticas con el objetivo de mantenerlas en armonía, evitando también un entorno favorable a la corrupción. El control administrativo, que mezcla prevención y represión, es el medio por el cual se ejerce la fiscalización y la revisión de los actos y conductas administrativas.

El control político es la prerrogativa atribuida al Poder Legislativo para la fiscalización de los otros poderes y se manifiesta de la siguiente manera: suspensión de actos y contratos del Poder Ejecutivo; convocatoria de Ministros, peticiones de informaciones, convocatoria de autoridades para prestar declaración; instauración de comisiones parlamentarias de investigación, autorización o aprobación del parlamento para determinados actos concretos del Poder Ejecutivo; controles privados del Senado; juicio de las cuentas del Poder Ejecutivo; y suspensión, destitución (*impeachment*) y juicio del Presidente de la República, Ministros de Estado, Ministros del Supremo Tribunal Federal y Procurador-General de la República, por delitos de responsabilidad.

El Control Financiero también es la prerrogativa atribuida al Poder Legislativo para la fiscalización del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, del

Ministerio Público y demás instituciones, en lo que se refiere a la aprobación, gasto y gestión de recursos públicos, con la ayuda del Tribunal de Cuentas. En Brasil, a diferencia de lo que sucede en España, la función ejercida por el Tribunal de Cuentas es de carácter eminentemente administrativo, por lo que la expresión juzgar significa apreciar, examinar y analizar cuentas. En España, como hemos mencionado, el Tribunal de cuentas tiene un carácter híbrido (excepto en las Comunidades Autónomas), con funciones de supervisión de la actividad económico-financiera del Estado y jurisdiccionales, en lo que se refiere a la responsabilidad contable en la que incurre quien tenga a su cargo el manejo de los recursos públicos, con decisiones sujetas a recurso directamente ante el Tribunal Supremo.

El control administrativo es el control interno y permanente de las autoridades jerárquicas superiores sobre la actuación de los niveles inferiores, mediante procedimientos de supervisión, fiscalización y revisión.

El Control judicial es la posibilidad de fiscalización ejercida por el Poder Judicial, cuando se inste, sobre actos del Ejecutivo, Legislativo y del propio Poder Judicial, en relación a aspectos de legalidad y constitucionalidad, con carácter definitivo. El control judicial puede ser previo o posterior. El control *a priori* se fundamenta en el principio de la *inafastabilidad* de la tutela judicial, por el cual se garantiza al ciudadano el derecho fundamental a la protección contra lesión o amenaza de lesión al derecho, siempre que se den los supuestos de la plausibilidad del derecho (*fumus boni iuris*) y el riesgo de haya lesión irreparable por el decurso del tiempo (*periculum in mora*). El control de constitucionalidad de las leyes y de los actos normativos también es un control preventivo. El control *a posteriori* o represivo es típico de las acciones penales y de resarcimiento al erario.

Abordamos la cuestión relativa al mérito administrativo y concluimos que es precisamente en la discrecionalidad donde se produce frecuentemente la desviación de poder y arbitrariedad, lo que tiene una estrecha relación con la corrupción, especialmente cuando el ejercicio del poder discrecional carece de

motivación o no se han establecido límites o posibilidad de control por parte del Poder Judicial.

Hemos presentado al Ministerio Público como una institución que también actúa contra la corrupción, tanto con la incoacción de las acciones civiles post-lesión para la recuperación de bienes y dineros desviados por corruptos, muchas veces sin resultados satisfactorios, como con las acciones penales de persecución de los infractores. Debe actuar en los primeros indicios del delito, en la prevención de la corrupción, junto con la ciudadanía con el objetivo de concretar los derechos fundamentales, especialmente la democracia, el pluralismo, la transparencia de las acciones públicas y el derecho a la información. En este sentido, deja de ser, en materia civil, el mero fiscal de la ley ante el Poder Judicial para convertirse en un promotor de las acciones públicas en favor de la moralidad y de todos los derechos difusos y colectivos. Es un fuerte aliado de la sociedad también ante el Poder Legislativo y el Ejecutivo.

Con una actuación de carácter preventivo y, preferentemente, no judicial, dejando en un segundo plano las acciones penales y civiles públicas, el Ministerio Público debe poder hacer uso de las herramientas disponibles en el ordenamiento jurídico, tales como términos de Ajuste de Conducta, Recomendaciones y Audiencias Públicas, para debatir temas de interés social, contribuyendo a adecuar las acciones del gobierno a los principios y a las normas y, principalmente, a construir efectivamente una sociedad libre, justa y solidaria.

En su lucha contra la corrupción en la propia Policía Judicial, el Ministerio Público viene instaurando procedimientos investigadores penales principalmente en los casos de gran repercusión y donde hay potencialmente una influencia del poder económico y político.

En el Estado Democrático de Derecho no hay órganos, entidades o personas que queden exentas del control, razón por la cual controladores y controlados se implican y se combinan en papeles institucionales en el sistema de frenos y contrapesos. Ejemplo de ello es el Poder Judicial y el Ministerio Público que también están sujetos, como no podría ser de otra manera, a controles

externos del Poder Legislativo, del Tribunal de cuentas y de Consejos Nacionales de Justicia y del Ministerio Público, además de controles internos por parte de sus *Corregidurías*.

Hemos expuesto las *ouvidorias* como órganos que están cada vez más presentes, tanto en las organizaciones públicas como privadas, actuando como representantes de la sociedad junto a la institución. En el marco del servicio público, pueden convertirse en un instrumento más de incentivo para la ciudadanía republicana y se suman a la red oficial de control, especialmente en el área preventiva.

Admitimos, a lo largo de este trabajo, que la lucha contra la corrupción es una tarea hercúlea donde instituciones, órganos y sistemas de control, tanto políticos como administrativos y jurídicos son importantes, pero reconocemos que lo más eficiente, eficaz y efectivo medio de control de los actos políticos y administrativos es el control popular o social, ya que la apatía y la indiferencia del individuo con la cosa pública es incompatible con la ciudadanía y con la democracia.

4. Propuestas objetivas para potenciar el control y disminuir la corrupción

Hay estudios que muestran que existen dos clases de factores que inciden en el mal funcionamiento de la administración y concurren en la existencia de actos de corrupción: a) Factores organizativos, como ausencia de controles, de transparencia, de visibilidad o la presencia de discrecionalidad; b) Factores individuales, como valores éticos, intereses particulares, insuficiencia de capacidad profesional y patrones de comportamientos en desacuerdo con las normas de las instituciones.

Teniendo en cuenta estos factores, se proponen las siguientes medidas de carácter administrativo, en todos los Poderes:

1. Dimensionamiento de las necesidades de la administración en cantidades y patrones de bienes y servicios;

2. Planificación y elaboración de pautas para cubrir estas necesidades;

3. Selección de los ofertantes o proveedores;

4. Estimación de los precios de mercado, para evitar una superfacturación;

5. Ejecución de los contratos, evitando la entrega de bienes en cantidades inferiores a las pactadas o ejecución de servicios que no atiendan a las especificaciones técnicas contratadas;

6. En las adjudicaciones tras los procedimientos de licitación, dar preferencia al sistema de claves, preferiblemente las electrónicas (sistema electrónico), posibilitando una mayor participación y evitando la contratación directa;

7. Adopción de un régimen de alzas para contrataciones, es decir, exigencia de niveles jerárquicos superiores para contrataciones, proporcionalmente a los valores implicados y específica autorización legislativa, por ejemplo, para contratos de servicios por plazos que superen la duración de una legislatura o para adquisición de bienes de valores elevados, como es el caso de adquisición de aviones para equipar el sistema de defensa del país;

8. La discrecionalidad de los actos administrativos debe ser, dado el mal uso que se suele hacer de la misma, restringida a situaciones impredecibles e inevitables, teniendo en cuenta, siempre, la sujeción al control administrativo, político o judicial, considerando el interés público¹³¹. En efecto, el predominio de la discrecionalidad favorece la corrupción cuando incide, positiva o

¹³¹Les remitimos al ítem 7.1.1 de este trabajo de investigación, donde señalamos que la discrecionalidad, lejos de ser algo sin control, es una garantía para el destinatario del acto o del servicio público. La ley, primando la concreción de la eficiencia, del interés público y general y, ante todo la justicia, faculta al administrador, en la situación concreta, para que haga la mejor elección entre dos o más posibilidades para alcanzar su finalidad, dado que la buena administración (o razonable, por lo menos) se la considera hoy como un derecho fundamental.

negativamente, sobre el patrimonio de personas o empresas, como sucede en los autos de infracción aplicados por fiscales de la hacienda pública o, también, en las licitaciones, donde las condiciones publicadas requeridas a veces suscita situaciones que solo pueden ser atendidas por determinadas empresas previamente conocidas, lo que deriva en una canalización de la adjudicación, dando lugar a una sobrestimación de precios;

9. En cuanto a los llamados “fondos reservados”, relacionados con el área de seguridad institucional e, *ipso facto*, ocultos para la ciudadanía, ya sea a través de sus representantes o directamente, deben evitarse en la medida de lo posible ¹³²;

10. En cuanto al personal, se propone, un código de ética para todos los servidores, fijos o contratados, que contemple las virtudes cívicas ya fijadas (V. apartado 1.3) y los impedimentos e incompatibilidades, prohibiendo que los funcionarios públicos y los miembros de consejos de administración de empresas estatales sean socios de empresas privadas ¹³³. En el caso de que se permita la participación en menor importancia, simplemente como inversor, a la empresa se le debe impedir que celebre contratos con el poder público o que reciba cualquier tipo de beneficio estatal, lo que evitaría conflictos de intereses;

11. Fijación de cuarentena o prórroga de esta incompatibilidad durante un cierto tiempo después de la desvinculación del servidor con la administración pública;

12. Obligatoriedad de declaración jurada anual de bienes y patrimonio, para evitar enriquecimiento ilícito;

¹³² “En Francia, Jacques Chirac fue acusado de pagar con esos fondos parte de sus vacaciones familiares. En la República Argentina, Santitibañez, a la sazón director de los servicios de inteligencia de ese país durante la primera parte del gobierno del presidente Fernando de la Rúa los usó para sobornar a senadores de la oposición al gobierno para que aprobaran una ley de flexibilización de las relaciones laborales. Y en España, por no citar sino de entre otros ejemplos muy conocidos, se ha dictado recientemente sentencia en primera instancia, condenando a altos cargos del Ministerio del Interior de la administración socialista por utilizar dichos fondos para enriquecimiento privado.” (MALEN SEÑA, J., cit.p.78).

¹³³ En España, *Vid.* Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

13. Para los empleados que desempeñan funciones en el área de licitaciones, se debe evitar al máximo la discrecionalidad en el nombramiento. En este sentido, los cargos de libre nombramiento y exoneración y el personal contratado en los casos permitidos (tercerizados) deben ser ajustados al mínimo necesario¹³⁴. Debe haber además exigencias de cualificación profesional y virtudes cívicas¹³⁵, objetivos que deben buscarse a través de un adecuado reclutamiento (evitando nepotismo, nombramiento por relaciones de amistad, afinidades políticas u otros que no estén vinculados al mérito), que haya permanente rotación y constantes inspecciones internas y externas.

14. Además, debe haber una buena política de remuneración y estabilidad en el cargo y perspectivas de crecimiento en la carrera, para desanimar el soborno y la extorsión, mediante sueldos compatibles con la dignidad del cargo.

15. Que las instituciones y órganos de control sean dotados de suficientes recursos materiales y humanos, siendo constantemente mejorados con inversiones en capacitación de personal y tecnología de información;

16. Creación de servicio de tele-denuncia anónimo (o un sistema que garantice la confidencialidad), siempre que se detalle la conducta, propiciando al delatado el ejercicio del contradictorio y la amplia defensa;

17. Rendición de cuentas de forma rápida, concreta, transparente y sin burocracia;

¹³⁴ El acceso a la función pública debe respeto, entre otros, a los principios de mérito, capacidad y garantía de la imparcialidad (véase la Constitución Española, Art. 103.3), lo que representa una salvaguarda para otras elecciones que no se basen en la meritocracia para la realización del interés público, pero el asunto es bastante complicado. Al final, cuando un partido político logra llegar al poder, debe ser generoso con sus cuadros de afiliados, simpatizantes y gente comprometida con el programa del gobierno victorioso. Por ello, en teoría, hay que conciliar intereses partidarios, y hasta familiares, con el interés público, siempre que predomine éste sobre los lazos consanguíneos, las afinidades políticas, las amistades, etc. El planteamiento es que conviene que el Estado excluya a empleados realmente cualificados y capaces sólo por ser parientes o estar personalmente ligados al administrador o, por el contrario, que permita el libre nombramiento (en cargos de libre exoneración, desde luego) y asumir el riesgo de lo que podrá suceder en situaciones extremas, cuando el interés público entre en conflicto con el del pariente o la persona que le nombró y exista la tentación de favorecer el interés de éste en detrimento de aquél. ¿Vale a pena correr el riesgo?

¹³⁵ A este propósito, véase el ítem 1.3, *retro*.

18. Creación de un código ético para la clase política;

19. Aprobación de leyes que produzcan efectos en la eliminación de la impunidad y castiguen con mayor rigor a los actores de la corrupción, con condenas pecuniarias, además del resarcimiento de perjuicios, anulación de mandatos y suspensión de derechos de ciudadanía, como elegibilidad y nombramiento para cargos públicos;

20. Adopción de un sistema regular de financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales, que preserve la igualdad de condiciones y prevenga el abuso del poder económico y del poder político;

21. Creación de un código ético para Jueces, miembros del Ministerio Público y Procuradores de Estado;

22. Establecimiento de medidas que promuevan las garantías de independencia e imparcialidad de los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, principalmente mediante la sustitución del modelo de designación de magistrados para las cortes de Justicia y jefes del Ministerio Público, actualmente nombrados por la autoridad máxima del Poder Ejecutivo, por otro modelo basado en criterios objetivos de productividad y mérito, con elección por la propia institución, de forma democrática;

22. Que se realice un esfuerzo, por parte del Poder Judicial, para evitar la impunidad mediante mecanismos que garanticen la rapidez en la tramitación judicial de los procesos implicando delitos ligados a la corrupción y a las acciones civiles públicas por actos de improbidad administrativa y recuperación de activos, a través de la creación de una justicia especializada;

23. Que las decisiones de colegiados sobre el juicio de cuentas por parte de Tribunales de Cuentas, ya que son sometidas al debido proceso legal, tengan presunción *juris tantum* y sólo puedan ser suspendidas o anuladas también por decisiones de colegiados del Poder Judicial.

24. Que los jefes de instituciones de control como *Controladuría*-General, Comisaría-General de Policía y Superintendencia de la Receta Federal, aunque nombrados por el Jefe de Gobierno, con vistas a la garantía de independencia, tengan mandatos por un plazo cierto y sean susceptibles de *impeachment* y destitución en caso de que se cometa falta grave, tal y como se establece en la ley.

Todo lo expuesto demuestra que la corrupción es una realidad en todas las sociedades, en mayor o menor grado, siendo inaceptable aquí y en otros lugares. Se impone la colaboración de la ciudadanía participativa en las instituciones de control en la lucha contra la corrupción que, en nuestros días, está llegando a amenazar los fundamentos del Estado de Derecho Democrático, ya que dificulta la reducción de las desigualdades y la ampliación de las libertades e impide la concreción de los derechos fundamentales.

Insistimos en que por muchos instrumentos jurídicos y control legal que se establezca, la educación en valores cívicos y en principios éticos, resulta indispensable para prevenir y luchar contra la corrupción. El haber asumido principios como la honestidad y la responsabilidad harían innecesarios muchos de los instrumentos que hemos venido exponiendo. Pero, por ahora, es un mero *desideratum*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRENDÓ ORBAÑANOS, Miguel Angel, “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”, *Revista Española de Control Externo*, Vol. I, nº3, pp.61-89.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª. ed., São Paulo, Malheiros.2001.

AURI CUNHA, José. *Iniciação à Investigação Filosófica: um convite ao filosofar*. Campinas, Alínea, 2009.

BALLOUK FILHO E KUNTZ. *Corrupção Política: a luta social pelo resgate da dignidade do exercício do poder*, São Paulo, Madras, 2008.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

BATISTA, Antenor. *Corrupção: fator de progresso?* 10ª ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2008.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Os novos desafios da cidadania*. Trad. al português de C. Gorczewski. Servicio de Publicaciones de la Universidade de Santa Cruz do Sul –EDUNISC- (Brasil), Coleção Direito e Sociedade Contemporanea, 2005.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Nuevas tecnologías: proyecciones sociales, jusfilosóficas y políticas”. En VILLAR, A. Murillo y PAREDES, S. Bello (coords.) *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías*. Libro conmemorativo del XXº Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 2005, pp.151-172.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Ciudadanía, democracia, Constitución y Educación: no basta la afición, se necesita virtud”. En: BONETTO, M.S. (compiladora). *En torno a la democracia: perspectivas situadas Norte-Sur*. Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba y Grupo Editor, 2009, pp. 71-96.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Algunos dilemas sobre la Jurisdicción constitucional”. En: *Revista do Direito* n° 34, Programa de Pósgraduação em Direito – Mestrado- PPGD, Santa Cruz do Sul, UNISC, Junho/Diciembre 2010, pp.135-155.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Ética y valores en la empresa y en los negocios: del código de conducta empresarial al sello de confianza”. In: Román, Sánchez y Gil, J. Pérez, *Aspectos jurídicos de la empresa y de los negocios: una perspectiva multidisciplinar*. Libro conmemorativo de los XXV años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, 2011, pp. 459-485.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Repensando la democracia en la perspectiva de las teorías deliberativas: En busca de unos ciudadanos deliberantes”. In: BELLOSO MARTÍN, N. y De JULIOS CAMPUZANO, A. (Coords.). *El retorno a la sociedad civil: democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*. Madrid, Dykinson-IISJ, 2011, pp. 207-237.

BELLOSO MARTÍN, Nuria y GORZECVSKI, Clovis. *A necessária revisão do conceito de cidadania: Movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. EDUNISC, 2011. Acesso em: [HTTP://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html](http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html).

BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Impacto de las nuevas tecnologías en la política”, en Clovis Gorzevski Organizador, *Direitos Humanos e participação política*. Vol. II, Porto Alegre, (Brasil), Imprensa livre, 2011, pp. 75-106.

BITENCOURT DA COSTA, Márcia. Corrupção, Improbidade Administrativa e Tribunal de Contas da União. In: BITENCOURT DA COSTA, Márcia. *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*. www.tcu.br.

BONAVIDES, Paulo. *Os Poderes Desarmados*. São Paulo, Malheiros, 1976.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 4ª.ed..São Paulo, Malheiros, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

CALAMANDREI, Piero, “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, en *Rivista di Diritto Processuale*, nota 83, 1956.

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. *Ciudadanía y Derecho en la era de la Globalización*. Madrid, Dykinson, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 15ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid, Alianza editorial, 2011.

DIEGO, O. “Fortaleza ética en gobernantes y funcionarios de la Administración pública” en *Revista Ética Administrativa*, IAP del Estado de Quintana Roo, México, 2004, pp.3-28.

FAVOREU, L., “Los Tribunales Constitucionales”, en F. Fernández Segado y D. García Belaunde (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid, Dykinson, 1997.

FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio. *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: Especial referencia al tribunal de cuentas y a la intervención general de la administración del estado*. Tesis doctoral presentada en Salamanca. 2009.

FIX ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en VV.AA., *Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000.

FONT, Joan (coordinador), *Ciudadanos y decisiones públicas*. Barcelona, Ariel, 2001.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o Direito Fundamental À Boa Administração Pública*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

FREYESLEBEN, Marcio Luís Chila. “A improbidade administrativa: comentário à Lei n.8429, de 2 de junho de 1992”, *Revista Atlas*, n.17,1994.

GARCIA, Emerson Alves; PACHECO, Rogério. *Improbidade administrativa*, 4ª., ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson Alves. *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GOMES CANOTILHO, José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed., Coimbra, 1998.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais. Salvador, *JUS PODIVM*. 2008.

KANT, Immanuel. “En torno al tópico”. In: CORTINA, Adela. *Teoría y praxis*. 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 2009.

LAPORTA, Francisco y ÁLVAREZ, Silvina. *La corrupción política*. Madrid, Alianza, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Liber Juris, 2000.

MALEM SEÑA, Jorge. “Acerca del concepto de corrupción” en LAPORTA, F., y ÁLVAREZ, S., *La corrupción política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp.39 y ss.

MALEM SEÑA, Jorge. *La Corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona, Gedisa, 2002.

MALEM SEÑA, Jorge. “Comercio internacional, corrupción y derechos humanos” en *Dimensiones jurídicas de la globalización*. CAMPUZANO, Julios (Editor), Madrid, Dykinson, 2007.

MOSCA, Gaetano. *Teoria dei governi e governo parlamentare*. Roma, Laterza, 1996.

NIETO, Alejandro, *La ‘nueva’ organización del desgobierno*. Barcelona, Ariel, 1996.

NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y de la ley*. Madrid, Ariel, 1999.

NIETO DE ALBA, U., “Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 8, 23, 2006, pp.13-26.

NINO, C.S., Justicia. In: VALDÉS, E. Garzón; LAPORTA, F.J., *El Derecho y la Justicia*. Madrid, Trotta, 1996.

PATINO, Maria Victória Muriel. “Economía, Corrupción y Desarrollo”, en CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián (org.) *La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos*.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil”, en *Corrupción y ética. Cuadernos de Teología Deusto*, Bilbao, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona, Ariel, 1991.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *La ciudadanía en las sociedades multiculturales*. Barcelona, Ariel, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*. Universidad del Alcalá, 2010.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La dimensión ética*. Madrid, Dykinson, 2000, espec. pp. 347-388.

SABÁN, A., *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid, Civitas, 1991.

SCHUMPETER, J.A. *Capitalismo, socialismo, democracia*. Milano, Etas, 1977.

SEN, Amartya, *A ideia de Justiça*. São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

SORIANO, R., “La corrupción política: tipos, causas y remedios”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº45, Igualdad y derecho antidiscriminatorio. Universidad de Granada, 2011, pp.382-402.

SPARBERG, D., “El combate contra la corrupción y el fraude”, *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, vol.27, nº3, 2000, pp.10-12.

VELASQUEZ, M.G. *Ética en los negocios: conceptos y casos*, 6ª ed., México, Pearson, 2006.

WENCES SIMON, M.I. “Republicanism cívico y sociedad civil”, en *Lecturas de la sociedad civil: un mapa contemporáneo de sus teorías*. Sauca J.M.; Wences M.I. (eds.). Madrid: Trotta, 2007.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

PÁGINAS ELETRÔNICAS CONSULTADAS

GOMES, Luiz Flávio. *STF confirma poder de investigação do MP*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>, 19 novembro. 2009.

www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2005/10/051011_corrupdenizebr.shtm)

http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/02/11/interna_cidadesdf,173012/index.shtml

www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/.../Otros/.../origen.pdf (consultado el 28.04.2012).

<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=2569> 20 anos do 'Caso Lalau'

pt.wikipedia.org/wiki/Súmula

http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpios_Constitucionais_do_Processo_Civil#Princ.C3.ADpio_da_Inafastabilidade_da_Jurisdi.C3.A7.C3.A3o

http://pt.wikipedia.org/wiki/separação_dos_poderes (consultado el 03.05.2012)

<http://www.lfg.com.br>

www.tcu.br

[www.transparency international.org](http://www.transparencyinternational.org)

[HTTP://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html](http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html).